تحرير الفتاوى

على «التنبيه» و«المنهاج» و«الحاوي»

المسمى

النكت على المختصرات الثلاث

تأليف
الإمام الحافظ الفقيه الأصولي
ولي الدين أبي زرعة
أحمد بن عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن العراقي
الكردي المهراني القاهري الشافعي
رحمه الله تعالى
(٧٦٢-٨٢٦هـ)

تحقيق
عبد الرحمن فهمي محمد الزواوي



دار المنهاج

الطَّبعَة الأولى
١٤٣٢هـ - ٢٠١١م



المملكة العربية السعودية ـ جدة
حي الكندرة ـ شارع أبها تقاطع شارع ابن زيدون
هاتف رئيسي 6326666 ـ الإدارة 6300655
المكتبة 6322471 ـ فاكس 6320392
ص. ب 22943 ـ جدة 21416
www.alminhaj.com
E-mail: info@alminhaj.com
ISBN: 978 - 9953 - 541 - 31 - 0

تحرير الفتاوي

على «التنبيه» و«المنهاج» و«الحاوي»

٣



كتاب الجنايات

٤٥٤٢ـ كذا عبر به « التنبيه » و« الروضة »[١] ، وهو أحسن من تعبير « المنهاج » و« المحرر » بالجراح[٢] ؛ لأن الجناية قد تكون بغير جراح ؛ كالمثقل والتجويع ونحوهما ، لكن الجراح أغلب طرقها ؛ فلذلك عبر به « المنهاج » .

٤٥٤٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٣] : (**الجناية ثلاث : خطأ ، وعمد ، وعمد خطأ**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٤٦٨] : (**الفعل المزهق**) لتناوله غير المزهق ، وقد ذكره « المنهاج » بقوله بعد ذلك [ص ٤٧٥] : (**يشترط لقصاص الطرف ما شُرط للنفس**) .

٤٥٤٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٤] : (**والعمد : أن يقصد الجناية بما يقتل غالباً**) يرد عليه : أنه لا بد من قصد الشخص المجني عليه بعينه ، فلو قصد شخصاً فأصاب غيره . . فهو خطأ ، وكذا لو قصد إصابة أحد رجلين كما في « الروضة » وأصلها في أوائل (الجنايات) وفي الكلام على المنجنيق[٣] ، **واعتمده في** « المهمات » .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه **الأرجح المعتمد ، وصحح في** « الروضة » من زيادته قبيل (الديات) : وجوب القصاص[٤] ، وانعكس ذلك على النشائي[٥] ، ومشى « المنهاج » على الأول فقال [ص ٤٦٨] : (**وهو ـ أي : العمد ـ : قصد الفعل والشخص بما يقتل غالباً ؛ جارحٌ أو مُثَقَّل**) و« الحاوي » فقال [ص ٥٥٥] : (**وفي العمد بأن قصد الفعل والشخص ، المحض ، بأن يهلك غالباً**) ثم قال : (**وبجارح كثيراً**) ومع ذلك فأورد عليهما شيخنا الإمام البلقيني : أنه لا بد مع قصد الشخص من أن يعرف أنه إنسان ، ثم حكىٰ عن « الصحاح » أن الشخص : سواد الإنسان وغيره تراه من بعيد[٦] ، قال : فلو رمىٰ شخصاً اعتقده نخلة فكان إنساناً . . لم يكن عمداً **على الصحيح** ، وبه قطع الشيخ أبو محمد .

وقال السبكي : إن أريد بما يقتل غالباً : الآلة . . ورد غرز الإبرة في مقتل أو في غيره مع الورم والألم إلى الموت ؛ فإنه عمد والآلة لا تقتل غالباً ، وإن أريد : الفعل . . ورد إذا قطع أنملة إنسان

---

(١) التنبيه (ص ٢١٣) ، الروضة (ص ٩/١٢٢) .
(٢) المحرر (ص ٣٨٦) ، المنهاج (ص ٤٦٨) .
(٣) فتح العزيز (١٠/١٢٠ ، ٤٥٨) ، الروضة (٩/١٢٣ ، ٣٤٢) .
(٤) الروضة (٩/٢٥٤) .
(٥) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٦٨) .
(٦) الصحاح (٣٠/١٠٤٢) .

فسرت الجراحة إلى النفس ، أو غرز إبرة في غير مقتل وأعقبت ورماً . . فالقصاص واجب والفعل لا يقتل غالباً ، ثم قال : اعتبار الآلة مطلقاً لا معنىٰ له وإن صرح به القفال الشاشي في « محاسن الشريعة »[1] والجويني في « مختصر المختصر » والفوراني والمتولي ، ألا ترىٰ أنه لو ضربه بعصا صغيرة في مقتل أو في غيره ، في شيخ كبير أو ضعيف ، أو حر شديد أو برد شديد ، أو والىٰ به الضرب حتىٰ مات بحيث كان ذلك الفعل بتلك الآلة في ذلك الشخص يقتل غالباً . . فإنه يجب القود ، وأيضاً فقد يضربه بمثقل كبير ضربة خفيفة لا يقتل مثلها غالباً لكنه يحتمل ويتفق الموت منها ، قال : فلا ينبغي أن يغتر بكلام من ذكرنا ؛ فإن مرادهم : أن القصاص لا يختص بالآلة المحددة خلافاً لأبي حنيفة ، فاسترسلوا في كلام لم يقصدوا مفهومه ، قال : وأما مسألة قطع الأنملة فصعبة ، قال الإمام : وإيجاب القصاص فيها لا توقيف فيه ، وإنما تلقاه العلماء من تصرفهم في العمد[2] .

قال السبكي : وليس استشكال الضابط بأولىٰ من استشكال الحكم فيها إذا لم يرد توقيف ، إلا أن يكون فيه إجماع ، قال : ومع تسليم الحكم لا يمكن الجواب عنها ، إلا بأن يقال : المراد بما يقتل غالباً في المحدد : الآلة ، وفي المثقل : الفعل ، وقد يستفاد ذلك من كلام صاحب« التنبيه » إذ وافق على الحد المذكور ، ثم قال : فإن جرحه بما له مَوْر من حديد أو غيره فمات منه . . وجب القود ، ولم يفصّل ، ثم ذكر المثقل وفصل فيه ، وكذلك صاحب « التهذيب » قال : وهـٰذا إن كان مدركه أن المحدد يقتل في الغالب ؛ فذلك شيء لا تنقاد النفس لقبوله[3] .

قال ابن الصباغ : ألا ترىٰ أن الناس يحتجمون ويفتصدون ، أفترىٰ ذلك يقتل في الغالب وهم يقدمون عليه ؟! وإن كان مدركه مزيد احتياط في المحدد . . فسيأتي الكلام عليه .

وخص « الحاوي » اعتبار الهلاك غالباً بالمثقل ، واكتفىٰ في الجارح بالهلاك كثيراً ، وتبع فيه الغزالي[4] .

وقال السبكي : هو الذي يدل عليه نصه في « الأم » ، ويوافقه كلام كثير من الأصحاب تصريحاً وتعريضاً .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه كلام لا يقوم عليه دليل ولا شاهد من نصوص صاحب المذهب ، مع كون شيخنا يوافقه على اختصاص اعتبار الهلاك غالباً بالمثقل ، لكنه يكتفي في

---

(١) محاسن الشريعة (ص ٥٢٧) .

(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٤١) .

(٣) التهذيب (٧/ ٣٢) .

(٤) الحاوي (ص ٥٥٥) ، وانظر « الوجيز » (٢/ ١٢٦) .

الجارح بأن يكون له وقع وتأثير بحيث يظهر القتل به ، وقال : إنه صريح نص الشافعي في « الأم » . وظاهر نص « المختصر » ومقتضىٰ كلام الأصحاب ، وقال : إن قول « المنهاج » [ص ٤٦٨] : (**بجارح أو مثقل**) زيادة على « الروضة » وأصلها ، وإن اعتبار القتل غالباً في الجارح لا يعرف في كلام الشافعي ولا أحد من أصحابه ، ومع ذلك : فيخرج عن هـٰذا التقييد التجويع ونحوه ، فكان حذفه أولىٰ .

ثم أورد علىٰ نفسه : أن في « أصل الروضة » في شريك السبع أن الخلاف فيما إذا كان جرح السبع يقتل غالباً[١] .

ثم أجاب عنه : بأنه إنما اعتبر فيه أن يقتل غالباً ؛ لأنه ليس بجارح عادة .

وأورد شيخنا الإمام البلقيني أيضاً علىٰ تفسير العمد بما تقدم : أن العمد يتعلق به القصاص والدية المغلظة وإيجاب القصاص علىٰ شريك المتعمد فيتقيد كلامهم بأمرين :

أحدهما : أن من قصد الفعل والشخص بما يقتل غالباً بجهة حكم ثم ظهر الخلل في مستند الحكم بلا تقصير ؛ كما لو ظهر الشاهدان عبدين أو فاسقين . . **فأظهر القولين** : أن حكمه حكم الخطأ حتىٰ تجب الدية مخففة على العاقلة ، قال : **والقياس المعتمد** : أن شريكه كشريك المخطىء ، ولم أر من تعرض له .

ثانيهما : لو رمىٰ إلىٰ حربي فأسلم ثم أصابه السهم فمات . . **فالأصح** في « الروضة » : أن الواجب دية خطأ[٢] ، لكن **المعتمد** : أنها حالّة في مال الرامي ، ولو اقتص الوكيل جاهلاً بعزله أو بعفو الموكل . . فالدية مغلظة **على المشهور** حالّة على الوكيل **على الأصح** فيهما ، وشريكه شريك متعمد **على المعتمد** وإن لم يذكروه .

٤٥٤٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٣ ، ٢١٤] : (**فالخطأ : أن يرمي إلىٰ هدف فيصيب إنساناً**) مثال ، ولا ينحصر الخطأ فيه ، وعبارة « المنهاج » [ص ٤٦٨] : (**فإن فُقِدَ قَصْدُ أحدهما ؛ بأن وقع عليه فمات ، أو رمىٰ شجرة فأصابه . . فخطأ**) ويرد عليه : ما لو رمىٰ إلىٰ شخص ظنه شجرة فبان إنساناً . . فهو خطأ **على الصحيح** كما تقدم .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وكذلك يرد عليه ما ثبت فيه حكم الخطأ مما تقدم مع أنه قصد الفعل والشخص بالقتل ، وكذلك خطأ التعزير والأدب والطب وغيرها مما هو مقرر في (ضمان الولاة) ، ولا بد فيه أيضاً من كون الفعل فيه له مدخل في الإهلاك ، والوقوع عليه ليس مثالاً لفقد قصد أحدهما ، بل لفقدهما ، وقصد الشخص دون الفعل متعذر .

---

(١) الروضة (٩/١٦٢) .

(٢) الروضة (٩/٢٥٦) .

٤٥٤٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٤] : (**وعمد الخطأ : أن يقصد الجناية بما لا يقتل غالباً**) لم يذكر الشخص كما فعل في العمد ، وعبارة « المنهاج » [ص ٤٦٨] : (**قَصَدهما بما لا يقتل غالباً**) ولابد مع ذلك من أن يكون له مدخل في الإهلاك ، وألاَّ يكون مأذوناً فيه شرعاً كالتعزير ونحوه .

وأيضاً فلو قال الشاهدان الراجعان : لم نعلم أنه يقتل بقولنا ، وكانا ممن يخفىٰ عليهما ذلك . . فحكمه حكم شبه العمد مع وجود قصد الشخص والفعل بما يقتل غالباً .

٤٥٤٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٨] : (**ومنه : الضرب بسوطٍ أو عصا**) محله في العصا الصغيرة بشروط ، أما الكبيرة التي تقتل غالباً . . فيجب بها القصاص ، وقد فصل ذلك « التنبيه » فقال [ص ٢١٤] : (**وإن ضربه بمثقل كبير أو بمثقل صغير في مقتل أو في رجل ضعيف ، أو في حر شديد أو برد شديد ، أو والىٰ به الضرب فمات . . وجب عليه القود**) ودخل في الضعيف ما لو لم يعلم بضعفه وهو **الأصح** ، وقد ذكره « المنهاج » بعد ذلك[1] .

وخرج بالموالاة ما لو فرّقها حتىٰ مات ، وفيه وجهان في « أصل الروضة » بلا ترجيح[2] ، وقال المسعودي : لو ضربه ضربة وقصد ألاَّ يزيده عليها ، فشتمه المضروب ، فضربه ثانية ، ثم شتمه فضربه ثالثة حتىٰ قتله . . فلا قصاص ؛ لعدم المولاة ، قال الرافعي : وينبغي ألاَّ ينظر إلىٰ صورة الموالاة ، ولا تقدر مدة التفريق ، بل يعتبر أثر الضربة السابقة والآلام الحاصلة بها ، فإن بقيت ثم ضربه أخرىٰ . . فهو كما لو والىٰ[3] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : هـٰذا ممنوع ؛ فإنه في كل ضربة لم يقصد الفعل والشخص بما يقتل غالباً ، بخلاف ما لو قصد ولاء الضرب ووالى الضربات . . فإنا نوجب عليه القصاص نظراً إلىٰ قصد الشخص والفعل بمجموع فعل يقتل غالباً ، والضربة السابقة لا قصاص بها ، فكيف يجب القصاص بالتي بعدها ، وهي لو كانت قاتلة . . لكان كالجارح جراحتين إحداهما عمد والأخرىٰ خطأ ؟!

٤٥٤٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٤] : (**وإن غرز إبرة في غير مقتل ؛ فإن بقي منها ضَمِناً** ـ أي : متألماً ـ **حتىٰ مات . . وجب القود**) يقتضي أنه لا يشترط مع ذلك حصول ورم ، وكذا صححه النووي في « شرح الوسيط » ، وكذا قال شيخنا الإمام البلقيني : **الصحيح** : أنه يجب إذا كان مثله يقتل غالباً ، واشترطه في « الروضة » وأصلها[4] ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٤٦٨] : (**وكذا بغيره إن تورم وتألم حتىٰ مات**) واعتمده شيخنا الإسنوي في « تصحيحه »[5] ، واقتصر « الحاوي »

---

(١) المنهاج (ص ٤٧١) .
(٢) الروضة (٩/١٢٦) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٠/١٢٦ ، ١٢٧) .
(٤) فتح العزيز (١٠/١٢٤) ، الروضة (٩/١٢٥) .
(٥) تذكرة النبيه (٣/٤٠٠) .

على الورم فقال [ص ٥٥٥] : (**وغرز إبرة بورم**) ولم يذكر الألم ؛ للزومه للورم .

٤٥٤٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٤] : (**وإن مات في الحال . . فقد قيل : يجب ، وقيل : لا يجب**) **الأصح** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٤٦٨] : (**فشبه عمد ، وقيل : عمد ، وقيل : لا شيء**) وهو مفهوم تعبير « الحاوي » المتقدم .

قال في « المنهاج » [ص ٤٦٨] : (**ولو غرز فيما لا يؤلم كجلدة عقب . . فلا شيء بحال**) ولمحل الخلاف أيضاً شرطان :

أحدهما : في « الرقم » للعبادي أن الغرز في بدن الصغير والشيخ الهمّ ونضو الخلق . . يوجب القصاص بكل حال ، وجعل التفصيل والخلاف في غيرهم .

ثانيهما : في « الكفاية » عن جماعة : أن محل الخلاف : فيما إذا لم يبالغ في إدخالها ، فإن بالغ فيه . . وجب القود جزماً[١] .

٤٥٥٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٨] : (**ولو حبسه ومنعه الطعام والشراب والطلب حتىٰ مات ؛ فإن مضت مدة يموت مثله فيها غالباً جوعاً أو عطشاً . . فعمدٌ**) كذا لو منعه أحدهما فمات بسبب منعه ، أما إذا منعه الماء دون الطعام فامتنع من الأكل خوفاً من العطش فمات جوعاً . . فلا قصاص قطعاً ولا دية **في الأصح**[٢] ، ولو حبسه ولم يمنعه شيئاً فترك الأكل خوفاً أو حزناً والطعام والماء عنده ، فمات جوعاً أو عطشاً ، أو مات حتف أنفه أو بحية أو بهدم ؛ فإن كان عبداً . . ضمنه باليد ، وإن كان حراً . . لم يضمنه ، ولو حبسه وعرّاه فمات بالبرد . . فكما لو منعه الأكل ، قاله القاضي حسين .

٤٥٥١ـ قوله : (**وإلا ؛ فإن لم يكن به جوعٌ وعطشٌ سابقٌ . . فشبه عمدٍ ، وإن كان به بعض جوعٍ وعطشٍ وعلم الحابس الحال . . فعمدٌ ، وإلا . . فلا في الأظهر**)[٣] المراد : أنه حبسه مدة إذا أضيفت إلىٰ مدة جوعه أو عطشه السابق . . بلغت المدة القاتلة ، فإن كان مجموع المدتين لا يبلغ ذلك . . فهو كما لو لم يكن به شيء سابق ، ذكره شيخنا ابن النقيب ، وقال : قلته تفقهاً ، ولا بد منه ، وهو مرادهم بلا شك[٤] .

قلت : هو معلوم مما ذكره في القسم الذي قبله ، وعلىٰ هـٰذا أيضاً يحمل قول « الحاوي » [ص ٥٥٥] : (**وتجويع جائع بعلمه**) ولم يذكر التعطيش ، وهو مثله ، وقد يفهم من تعبير « المنهاج »

---

(١) في حاشية (ج) : (قال في « العجالة » : وعبارة الرافعي صريحة في جريان الخلاف في هـٰذه الحالة) .

(٢) في حاشية (ج) : (فائدة : ولو منعه الطعام وحده . . فيتجه إلحاقه بما لو منعهما . قاله ابن الملقن في « العجالة ») .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٤٦٨) .

(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٧/١٤٨) .

بالعمد وعدمه : أنه إذا آل الأمر إلى الدية . . وجبت دية العمد كاملة إن قلنا : عمد ، ودية شبه العمد كاملة إن قلنا بمقابله ، ولكن **الأظهر** في « أصل الروضة » تفريعاً علىٰ عدم القصاص : أنه يجب نصف العمد أو شبه العمد ؛ ولهٰذا قال « الحاوي » [ص ٥٥٥] : (**وإن جهل النصف**) .

٤٥٥٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٤] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٦٨٢] : (**وإن شهد علىٰ رجل فقتل بشهادته ثم رجع وقال : تعمدت ذلك . . وجب عليه القود**) شرطه أن يقول : تعمد صاحبي أيضاً ، فلو اقتصر علىٰ قوله : (**تعمدت**) . . فلا .

٤٥٥٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٩] : (**فلو شهدا بقصاص فقتل ثم رجعا وقالا : تعمدنا . . لزمهما القصاص**) فيه أمران :

أحدهما : اعتبر في « أصل الروضة » مع التعمد أن يقولا : وعلمنا أنه يقتل بقولنا[(١)] ، فإن لم يقولا ذلك . . ففي (باب الرجوع عن الشهادة) : إن كانوا ممن لا يخفىٰ عليهم ذلك . . وجب القصاص ، وإن جاز خفاؤه عليهم لقرب إسلامهم . . فالذي قاله الأصحاب : أنه شبه عمد ، ومال الإمام إلىٰ وجوب القصاص ، وحكاه الروياني وجهاً شاذاً مأخوذاً من ضرب المريض ضرباً يقتل المريض دون الصحيح ولم يعلم مرضه[(٢)] ، وأشار إليه « الحاوي » بقوله [ص ٦٨٢] : (**أو ما[(٣)] علمت يقتل بقولي**) وقد عرفت أن محله : مع جواز خفائه عليه ، فلو قالوا : لم نعلم أنه يقتل بشهادتنا ؛ لظهور أمور فينا يقتضىٰ ردها ولكن الحاكم قصر . . فقال شيخنا الإمام البلقيني : هو شبه عمد كالذي قبله ، ولم أر من تعرض له .

ثانيهما : أنه يرد علىٰ مفهومه ما لو قال كل منهما : تعمدت ولا أعلم حال صاحبي ، أو اقتصر علىٰ (تعمدت) . . فإنه يلزمهما القصاص كما في « أصل الروضة » في رجوع الشهود عن البغوي وغيره[(٤)] .

٤٥٥٤ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٩] : (**إلا أن يعترف الولي بعلمه بكذبهما**) فيه أمور :

أحدها : أن المراد : اعترافه بعلمه بذلك حين القتل ، وهو مفهوم من تعبير « المحرر » بلفظة (كان)[(٥)] ، أما لو اعترف بعلمه به بعد القتل . . لم يسقط القصاص عنهما .

ثانيها : يرد علىٰ حصره ما لو اعترف القاضي بعلمه بكذبهما حين الحكم أو القتل دون الولي . . فالقصاص على القاضي دون الشهود ولو اعترفوا .

---

(١) الروضة (١٢٩/٩) .
(٢) الروضة (٢٩٩/١١ ، ٣٠٠) .
(٣) في النسخ : (لا ما) ، ولعل الصواب ما أثبت من « الحاوي » .
(٤) الروضة (٢٩٩/١١) .
(٥) المحرر (ص ٣٨٦) .

ثالثها : المراد بالولي هنا : ولي المقتول ، أما لو قال ولي القاتل : أنا أعلم كذبهما في رجوعهما وأن مورثي قتل . . فلا قصاص عليهما ، وهـٰذا واضح .

واعلم : أن المقتضي لوجوب القصاص عليهما هو رجوعهما مع اعترافهما بالتعمد ، لا كذبهما، حتىٰ لو تيقنا كذبهما ؛ بأن شاهدنا المشهود بقتله حياً . . فلا قصاص عليهما ؛ لاحتمال عدم تعمدهما .

٤٥٥٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٤] : (**وإن أكره رجلاً علىٰ أكل سم فمات منه . . وجب عليه القود**) يتناول إيجاره وإكراهه حتىٰ أكله بنفسه ، وفي الثانية قولان حكاهما الداركي وغيره وحكى الرافعي عن « العدة » : أن **أصحهما** : الوجوب ، ثم قال : **والوجه** أن يكون كإكراهه علىٰ قتل نفسه[١] ، ومقتضاه : **تصحيح** عدم الوجوب ، وأرسل في « الروضة » **تصحيح** الوجوب ، وهو مخالف لما ذكر بعده أنه الوجه[٢] ، وهو الذي صرح في « الكفاية » بنقله عن تعليق القاضي حسين و« التتمة » و« النهاية »[٣] ، كذا اقتصر في « المهمات » علىٰ هـٰذا النقل ، لكن الرافعي قد ذكر هـٰذا البحث بعد ذلك نقلاً فقال بعد حكاية القولين في إكراهه علىٰ قتل نفسه : ويجري القولان فيما لو أكرهه علىٰ شرب سم فشربه وهو عالم به ، وإن كان جاهلاً . . فعلى المكره القصاص قطعاً ، وتبعه في « الروضة » علىٰ ذلك[٤] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ليس الوجه أن يكون كإكراهه علىٰ قتل نفسه ؛ لأن شرب السم قد يُرجىٰ منه الشفاء ، بخلاف قتل النفس ؛ فكان **الأظهر** هنا : وجوب القصاص بخلاف إكراهه علىٰ قتل نفسه ، وجزم الشيخ أبو حامد وغيره بالوجوب في صورة السم ، وهو مقتضىٰ نص « الأم »[٥] ، قال : وينبغي أن محل القولين : إذا علم الشارب أنه سم قاتل ، فإن لم يعلم . . وجب القصاص على المكره قطعاً . انتهىٰ .

وقد عرفت أن ما بحثه منقول ، والله أعلم .

٤٥٥٦ـ قوله : (**وإن قال : لم أعلم أنه سم قاتل . . ففيه قولان**)[٦] **الأصح** : الوجوب .

٤٥٥٧ـ قوله : (**وإن خلط السم بطعام فأطعمه رجلاً ، أو خلطه بطعام لرجل فأكله فمات . . ففيه قولان**)[٧] فيه أمور :

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ١٣١) .
(٢) الروضة (٩/ ١٣٠) .
(٣) نهاية المطلب (١٦/ ٥٩) .
(٤) فتح العزيز (١٠/ ١٣١) ، الروضة (٩/ ١٣٠) .
(٥) الأم (٦/ ٤٢) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ٢١٤) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ٢١٤) .

أحدها : أن **الأصح** : عدم الوجوب ، كذا **صححه** في « الروضة » و« المحرر » و« المنهاج » و« تصحيح التنبيه »[1] ، والذي في « شرح الرافعي » نقل ترجيح الوجوب عن الروياني وغيره ، قال : ومال الإمام وغيره إلىٰ **ترجيح** المنع ؛ وهو قياس ما سبق في مسائل التغرير والمباشرة[2] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إن الوجوب مذهب الشافعي ؛ فإنه **رجحه** فقال : إنه **أشبههما**[3] .

ثانيها : أن محل الخلاف : في البالغ العاقل ، فلو فعل ذلك بصبي أو مجنون . . وجب القصاص قطعاً ، ذكره في « المنهاج »[4] ، ومثلهما الأعجمي الذي يعتقد وجوب الطاعة فيما أمر به ، قال الرافعي : ولم يفرقوا في الصبي بين المميز وغيره ، ولا نظروا إلىٰ أن عمده عمد أو خطأ ، قال : وللنظر فيه مجال[5] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : والذي نص عليه في « الأم » وصرح به الشيخ أبو حامد عن النص والماوردي والمحاملي في « التجريد » وابن الصباغ والسرخسي والمتولي وغيرهم أن إيجاب القصاص إنما هو في غير المميز ، فأما المميز . . فكالبالغ[6] ، وفي « أصل الروضة » عن البغوي فيما لو أمر مجنوناً له تمييز بقتل شخص . . أنه لا شيء على الآمر سوى الإثم[7] ، فإن صح ما قاله البغوي . . اقتضىٰ أن المجنون الذي له تمييز هنا كالعاقل .

ثالثها : قيد « المنهاج » المسألة الثانية بما إذا كان الغالب أكله منه[8] ، وكذا في « الروضة » وأصلها[9] ، وأسقطه في « المحرر » .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : لم يذكر الشافعي هـٰذا القيد ، وليس بمعتبر ؛ لأن من رمىٰ إلىٰ شخص فقتله . . لا يعتبر أن تكون الإصابة غالبة ، بل العبرة في المرمي به أن يكون سلاحاً ينهر الدم ويشق اللحم أو غيره يقتل غالباً من غير غلبة الإصابة ، كذلك هنا .

رابعها : شرطه : ألاَّ يعلم الضيف حال الطعام ، فإن علم أنه مسموم . . فلا شيء على الذي ضيفه ، ذكره في « المنهاج »[10] .

---

(١) المحرر (ص ٣٨٦ ، ٣٨٧) ، المنهاج (ص ٤٦٩) ، الروضة (٩/ ١٣٠) ، تصحيح التنبيه (٢/ ١٥٧) ، تذكرة النبيه (٣/ ٤٠٣) .

(٢) فتح العزيز (١٠/ ١٣١) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٦٥) .

(٣) انظر « الأم » (٦/ ٤٣) .

(٤) المنهاج (ص ٤٦٩) .

(٥) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ١٣١) .

(٦) الأم (٦/ ٤٣) .

(٧) الروضة (٩/ ١٤١) ، وانظر « التهذيب » (٧/ ٦٨) .

(٨) المنهاج (ص ٤٦٩) .

(٩) فتح العزيز (١٠/ ١٣١) ، الروضة (٩/ ١٣١) .

(١٠) المنهاج (ص ٤٦٩) .

خامسها : تسويته بين الصورتين في حكاية القولين كذلك هو في « المنهاج »[1] ، وفي الثانية طريقة قاطعة بنفي القصاص ، ومال إليها شيخنا الإمام البلقيني ؛ لأن الشافعي حكى القولين في الأولىٰ ، وقال : **أشبههما** : إيجاب القود ، وجزم في الثانية بعدم القود ، ثم قال : وفيها قول آخر : أنها كالمسألة الأولىٰ ، قال : وهو ظاهر في **ترجيح** الطريقة القاطعة بالمنع[2] .

سادسها : أنهما أطلقا السم ، ويعتبر كونه يقتل غالباً كما نص عليه الشافعي والأصحاب ، وفيه وجه أو قول في « الروضة »[3] لأن للسم نكاية في الباطن كالجراحة .

٤٥٥٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٩] : (**ولو ألقاه في ماء لا يُعَدُّ مغرقاً كمنبسطٍ فمكث فيه مضطجعاً حتىٰ هلك . . فَهَدَرٌ**) قيده في « الروضة » فقال : بأن كان راكداً في موضع منبسط[4] .

قال في « المهمات » : ولا حاجة إليه ، **والصواب** : حذفه كما في « المحرر » .

قلت : عبارة الرافعي : بأن كان واقفاً[5] ، وهو صفة للملقىٰ ، ففهم في « الروضة » أنه صفة للماء . . فعبر بالركود ، وهو فهم عجيب!

٤٥٥٩ـ قوله : (**وإن أمكنته ـ أي : السباحة ـ فتركها . . فلا دية في الأظهر**)[6] تبع « المحرر » في أن الخلاف قولان[7] ، **وهو الصواب** ؛ فهما في « الأم »[8] ، وفي « الروضة » وأصلها : وجهان أو قولان[9] .

٤٥٦٠ـ قوله : (**ولا قصاص في الصورتين ، وفي النار وجه**)[10] أجراه الأكثرون في الماء أيضاً ؛ فلا اختصاص له بالنار .

٤٥٦١ـ قوله : (**ولو حفر بئراً فردَّاه فيه آخر . . فالقصاص على المردي فقط**)[11] يوهم تعلق القصاص بالحافر لو انفرد ، وليس كذلك ؛ فالحفر شرط ، والشروط لا يتعلق بها قصاص ، وعبارة « الروضة » وأصلها : (فالضمان على المردي دون الحافر)[12] ، وهي أولىٰ .

---

(١) المنهاج (ص ٤٦٩) .
(٢) انظر « الأم » (٦/ ٤٣) .
(٣) الروضة (٩/ ١٣٠) .
(٤) الروضة (٩/ ١٣١) .
(٥) فتح العزيز (١٠/ ١٣٣) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٤٦٩) .
(٧) المحرر (ص ٣٨٧) .
(٨) الأم (٦/ ٦ ، ٧) .
(٩) فتح العزيز (١٠/ ١٣٣) ، الروضة (٩/ ١٣٢) .
(١٠) انظر « المنهاج » (ص ٤٦٩) .
(١١) انظر « المنهاج » (ص ٤٦٩) .
(١٢) فتح العزيز (١٠/ ١٣٨) ، الروضة (٩/ ١٣٣) .

ولا يخفىٰ أن وجوب القصاص على المردي إذا كانت التردية يحصل منها القتل غالباً .

٤٥٦٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٤] : (**وإن طرحه في لجة فالتقمه حوت قبل أن يصل إلى الماء . . ففيه قولان ، أحدهما : يجب القود ، والثاني : لا يجب**) **الأظهر** : الوجوب ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[(١)] ، وعبارة « الروضة » : **على الصحيح المنصوص** ، وخرّج الربيع قولاً : أنه لا قصاص[(٢)] .

ومقتضىٰ كلام « التنبيه » : أنه لو كان ذلك بعد وصوله إلى الماء . . وجب قطعاً ، وبه يشعر كلام الشيخ أبي حامد وغيره ، **والصحيح** : أنه لا فرق ؛ ولذلك أطلقه « المنهاج » و« الحاوي » .

وخرج باللجة : ما لو كان غير مغرق . . فلا قصاص قطعاً ، وبه جزم « المنهاج »[(٣)] ، وعليه مشى « الحاوي »[(٤)] ، لكن لو علم الملقي بالحوت . . كان كالمغرق ، صرح به في « الوسيط » واقتضاه كلام الرافعي[(٥)] .

وخرج بقولهم : (فالتقمه) ما لو ألقمه فاه . . فيجب القصاص قطعاً .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : قد يكون الماء في نفسه مغرقاً ويمكنه التخلص منه بسباحة وغيرها ، فكان ينبغي أن يقول : لا يمكنه التخلص منه في الأغلب كما عبر به الشافعي رضي الله عنه[(٦)] .

٤٥٦٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧٠] و« الحاوي » [ص ٥٥٣] : (**ولو أكره علىٰ رمي شاخصٍ علم المكرِه أنه رجلٌ وظنه المكرَه صيدا . . فالأصح : وجوب القصاص على المكرِه**) قال شيخنا الإمام البلقيني : إنه مفرع علىٰ وجه مرجوح أن المكرَه كالآلة ، **والأصح** : أنه شريك ، قال : **فالأصح المعتمد في الفتوىٰ** : أنه لا قصاص على المكرِه ؛ لأنه شريكُ مخطىءٍ ، ثم حكاه عن « تعليق القاضي حسين » و« التهذيب » و« النهاية » و« البسيط »[(٧)] ، ويوافقه كلام « المنهاج » [ص ٤٧٠] : (**فيما إذا أكره بالغ مراهقاً . . فإنه لم يوجب القصاص على البالغ إلا إذا قلنا : عمد الصبي عمد**) .

٤٥٦٤ـ قوله : (**أو علىٰ صعود شجرة فزلق ومات . . فشبه عمد ، وقيل : عمد**)[(٨)] قال بالأول

---

(١) الحاوي (ص ٥٥٥) ، المنهاج (ص ٤٦٩) .

(٢) الروضة (٩/ ١٣٤) .

(٣) المنهاج (ص ٤٦٩) .

(٤) الحاوي (ص ٥٥٥) .

(٥) الوسيط (٦/ ٢٦٧) ، وانظر « فتح العزيز » (١٠/ ١٣٨ ، ١٣٨) .

(٦) انظر « الأم » (٦/ ٧) .

(٧) نهاية المطلب (١٦/ ١١٩) ، التهذيب (٧/ ٦٧) .

(٨) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٠) .

الفوراني والبغوي[١] ، وعليه مشى « الحاوي »[٢] ، وبالثاني الغزالي[٣] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : والذي عندنا أن **الأصح** : أنه خطأ محض ؛ لأن من الصور التي ذكرها الرافعي : أن يكرهه علىٰ صعود سلم أو نزول منحدر فتزلق رجله[٤] ، وهـٰذا ليس بشبه عمد ؛ إذ لا مدخل لصعود السلم أو نزول المنحدر في الإهلاك ، ولا بصعود الشجرة الصغيرة ولا الطويلة للعارف بذلك ، وإنما هـٰذا تولد من قضية سليمة ، فهو خطأ محض ، ولو قيل : لا يلزم المكره شيء . . لكان له وجه .

٤٥٦٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢١] : (**وإن أمر السلطان رجلاً أن ينزل إلىٰ بئر أو يصعد إلىٰ نخلة لمصلحة فوقع ومات . . وجب ضمانه**) قال الرافعي : وجوب الضمان علىٰ جعلنا أمر السلطان إكراهاً ، وقضية كلام الجمهور تصريحاً ودلالة : أنه ليس بإكراه[٥] ، وصرح في « الشرح الصغير » بأنه **الأظهر** .

قال في « الكفاية » : لو كان هـٰذا هو المأخذ . . لما أوجبه العراقيون ؛ لأنهم لم يجعلوا أمره إكراهاً .

٤٥٦٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧٠] : (**أو علىٰ قتل نفسه . . فلا قصاص في الأظهر**) قال شيخنا الإمام البلقيني : **الصواب** : القطع به ، ولم أقف على القولين في منصوصات الشافعي ، ولا يعرفان إلا في كلام البغوي والخوارزمي[٦] ، وحكاهما أبو الفرج الزاز وجهين ، وجعل محلهما : ما إذا خوّفه بمثل ذلك القتل ، فإن خوفه بعقوبة فوق القتل ؛ كالإحراق والتمثيل . . فهو إكراه ، ووافقه الرافعي في « الشرح الصغير » فقال : يشبه أن يكون ذلك إكراهاً ، قال شيخنا : وهو غير معتبر ؛ لأن نفسه ذاهبة علىٰ كل تقدير منه أو من مكرهه .

وسكوت « المنهاج » عن نفي الدية في هـٰذه الصورة مع نفيها في الصورة التي بعدها يشعر بثبوتها هنا ، وفي « الروضة » وأصلها : أن عليه نصف الدية إن أوجبنا الضمان على المكره ، وجميعها إن لم نضمنه[٧] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وهو مردود ، **والصواب** : عدم وجوبها ؛ لعدم الإكراه حقيقة ، وبه

---

(١) انظر « التهذيب » (٧/ ٦٧) .
(٢) الحاوي (ص ٥٥٣) .
(٣) انظر « الوجيز » (٢/ ١٢٧) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ١٤٢) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ١٤٦) .
(٦) انظر « التهذيب » (٧/ ٦٧) .
(٧) فتح العزيز (١٠/ ١٤٣) ، الروضة (٩/ ١٣٧) .

صرح القاضي حسين والبغوي[1] ، وقال الإمام والغزالي : إنه ليس بإكراه في الحقيقة ، والقاتل مختار[2] ، قال شيخنا : وهو واضح لا خفاء به ، ومقتضاه : أنه لا يجب عليه كفارة ، ولكنه أثم بما جرىٰ منه ، وكذا قال في « المهمات » : إنه لا يستقيم ، قال : والمسألة في « التهذيب » على الصواب ، فلما نقلها الرافعي منه . . جعل تفريع أحد القولين للآخر .

٤٥٦٧- قوله : (**وإن قال : « اقتلني وإلا قتلتك » . . فالمذهب : لا قصاص ، والأظهر : لا دية**)[3] فيه أمور :

أحدها : يستثنىٰ من الخلاف : ما إذا قتله دفعاً حيث تعين ذلك . . فلا قصاص ولا دية قطعاً ؛ ففي « أصل الروضة » عن الأئمة : أن للمأمور دفع الآمر ولا شيء عليه إذا أتى الدفع علىٰ نفسه ، قال : فعلىٰ هـٰذا : إذا قتله دفعاً . . ينبغي أن يحكم بأنه لا قصاص ولا دية بلا تفصيل ولا خلاف ، وقد أشار إليه أبو الحسن العبادي فقال : إذا قال : (اقتلني وإلا قتلتك) فإن همّ بقتله . . فهو استسلام ، وإن قتله . . فهو دفع ، ويمكن أن يقال : موضع التفصيل والخلاف ما إذا أمكنه الدفع بغير القتل ، وإنما لا يلزمه شيء إذا لم يمكنه الدفع بغيره .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وهـٰذا متعقب ؛ فإنه إذا أمكنه الدفع بغير القتل . . لا يتحقق الإكراه ، وإنما الذي يظهر أن موضع الخلاف ما إذا قتله بمقتضى الإكراه لا علىٰ قصد الدفع عن نفسه كما يدفع الصائل الطالب لنفسه ، فهنا لا يلزمه شيء قطعاً .

ثانيها : كان ينبغي أن يقول فيهما : على المذهب ؛ لأن الخلاف فيهما معاً طريقان ، ذكره شيخنا الإمام البلقيني .

ثالثها : لا يختص ذلك بالإكراه ، فلو اقتصر علىٰ قوله : (اقتلني) . . فلا قصاص **على المذهب** ، ولا دية في **الأظهر** أيضاً .

نعم ؛ لو كان الآذن عبداً . . لم يسقط الضمان، وفي القصاص إذا كان المأذون له عبداً وجهان .

٤٥٦٨- قوله : (**ولو قال : « اقتل زيداً أو عمراً » . . فليس بإكراه**)[4] قال شيخنا الإمام البلقيني : **الأصح** : أنه إكراه ؛ فإنه لا يتخلص من قتله إلا بقتل واقع علىٰ معين ، وليس كإكراهه علىٰ طلاق إحدىٰ زوجتيه ؛ فإنه يمكن أن يقول : أحدهما طالق ، فإذا طلق معينة . . كان مختاراً ، وهـٰذا اختيار القاضي حسين بعد أن حكى الأول عن الأصحاب ، وحكىٰ أبو الحسن العبادي في ذلك وجهين .

---

(١) انظر « التهذيب » (٧/ ٦٧) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٦/ ١١٨) ، و« الوجيز » (٢/ ١٢٨) ، و« الوسيط » (٦/ ٢٦٤) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٠) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٠) .

فَصْلٌ

[في اشتراك اثنين في فعل مزهق]

٤٥٦٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧٠] : (**وجد من شخصين معاً فعلان مزهقان مذففان ؛ كَحَزٍّ وَقَدٍّ ، أو لا كقطع عضوين . . فقاتلان**) بقي : لو كان أحدهما مذففاً دون الآخر . . قال في « أصل الروضة » : قياس ما سنذكره : أن يكون المذفف هو القاتل[(١)] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : لم يذكر ما يقتضي القياس المذكور ؛ فإن المذكور في صورة الترتيب لا دلالة له علىٰ صورة المعية ؛ فإن التذفيف علىٰ معنى الانتهاء إلىٰ حركة المذبوح لا يؤثر ما بعده ولا ما قبله لقطعه أثره ، وفي « أصل الروضة » في آخر (الصيد والذبائح) فيما إذا كانت إحداهما مذففة وشككنا في الأخرىٰ هل أثرت أم لا ؟ عن القفال : أنهما قاتلان ، وعن الإمام : استبعاده ، وأن الوجه تخصيص القصاص بصاحب المذففة[(٢)] .

٤٥٧٠ـ قوله : (**ولو قتل مريضاً في النزع وعيشه عيش مذبوح . . وجب القصاص**)[(٣)] قد يخالفه قول النووي من زيادة « الروضة » في (الفرائض) عن الأصحاب : أن من صار في حال النزع . . فله حكم الميت[(٤)] .

وقوله في (الوصية) : إن من وصل إلىٰ ذلك في حيّز الأموات[(٥)] .

وجوابه : حمل ما في الفرائض علىٰ من صار إلىٰ تلك الحالة بجراحة ، وما في الوصية علىٰ ترك الاعتداد بقوله .

فَصْلٌ

[في قتل من ظن كفره]

٤٥٧١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧١] : (**قتل مسلماً ظن كفره بدار الحرب . . لا قصاص ، وكذا لا دية في الأظهر**) فيه أمران :

أحدهما : صورة المسألة : أن يكون القاتل مسلماً ، فلو كان ذمياً لم يستعن به المسلمون . . وجب عليه القصاص على **الأرجح المعتمد** ، كما قال شيخنا الإمام البلقيني ، قال : وفي نص الشافعي ما يشهد له .

---

(١) الروضة (٩/ ١٤٥) .
(٢) الروضة (٣٠/ ٢٦٥) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٨/ ١٤٥) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٤٧١) .
(٤) الروضة (٦/ ٣٨) .
(٥) الروضة (٦/ ١٢٣) .

ثانيهما : أنه لا يكفي ظنه كفره ، بل لا بد من ظن حرابته ، فلو ظنه ذمياً . . فقد ذكر في « المنهاج » عقبه [ص ٤٧١] : (**أنه لو قتل من عهده ذمياً فبان خلافه . . فالمذهب : وجوب القصاص**) ولو لم يظن كونه ذمياً ولا حربياً . . وجب القصاص على الأرجح ، قاله شيخنا الإمام البلقيني .

واعلم : أن الرافعي قال في ظن كفره : بأن كان عليه زي الكفار أو رآه يعظم آلهتهم[1] ، فأما كونه عليه زي الكفار : فاقتضىٰ كلام الرافعي في الردة : موافقة الحنفية علىٰ أنه ردة ، لكن رجح النووي خلافه .

وأما تعظيم آلهتهم : فقد حكاه الرافعي عن البغوي ، وأطلقه في « الروضة » ، لكن في (باب الردة) أن تعظيم الأصنام بالسجود والذبح ردة[2] ، وقال في « المهمات » : الظاهر أنه علىٰ سبيل المثال ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : قد يحمل علىٰ ما إذا كان مكرهاً على التعظيم والقاتل لا يدري ، أو يكون فعل من الخدمة لمواضعها من كنس وغيره ما لا يقتضي كفراً .

٤٥٧٢ـ قوله : (**أو بدار الإسلام . . وجبا**)[3] يستثنىٰ منه : ما إذا كان مع كونه بدار الإسلام في صف أهل الحرب . . فلا قصاص قطعاً ، ولا دية في **الأظهر** ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٥٥٢] : (**في دار الحرب ، أو صفِّهم**) .

٤٥٧٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧١] : (**وفي القصاص قول**) شرطه : أن يعهده حربياً ، وإلا . . فيجب القصاص قطعاً ، بخلاف ما إذا كان بدار الحرب . . فإنه يكفي فيه ظن كونه حربياً وإن لم يعهده كذلك .

٤٥٧٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٣] : (**وإن قتل حر عبداً أو مسلم ذمياً ثم قامت البينة أنه كان قد أعتق أو أسلم . . ففي القود قولان**) **الأظهر** : الوجوب ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٤٧١] : (**أو من عهده مرتداً أو ذمياً أو عبداً أو ظنه قاتل أبيه فبان خلافه . . فالمذهب : وجوب القصاص**) ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : إن تعبيره بالمذهب يقتضي ترجيح طريقة القطع في الجميع ، وليس كذلك ، بل **الصحيح** في صورة المرتد والذمي والعبد : إثبات القولين ، ولم يصر أحد إلى القطع في الجميع ، وقوله في « الروضة » : (وقيل : يجب القصاص في الجميع)[4] متعقب .

وفيما ذكره شيخنا نظر ؛ فالتعبير بالمذهب إنما يقتضي على اصطلاحه أن في المسألة طريقين أو

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ١٥٥) .
(٢) الروضة (١٠/ ٦٥) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٤٧١) .
(٤) الروضة (٩/ ١٤٧) .

طرقاً في الجملة ، لا علىٰ أن **الراجح** : القطع بما ذكره ، وتعبير « التنبيه » بأنه أعتق أو أسلم أحسن من قول « المنهاج » [ص ٤٧١] : (**فبان خلافه**) لصدق هـٰذه العبارة علىٰ ما إذا تبين أنه غير الذي عهده بتلك الصفة ، ولا خلاف هنا في وجوب القصاص ، وتصريحه أيضاً بأن القاتل حر ومسلم أحسن من عبارة « المنهاج » لصدقها علىٰ ما إذا كان القاتل عبداً أو ذمياً ، ولا إشكال هنا في وجوب القصاص ؛ لحصول المكافأة ، ولو كان المقتول على الصفة التي كان يعهده عليها ، لكن قول « المنهاج » [ص ٤٧١] : (**عهده ذمياً أو عبداً**) أحسن من قول « التنبيه » [ص ٢١٣] : (**عبداً أو ذمياً**) لأنه تبين أنه حر ومسلم .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : **المتجه** فيما إذا ظنه قاتلاً بغير عهد : أنه يقتل به قطعاً كما إذا ظنه مرتداً فلم يكن ، وإنما يساوي ما سبق أن يعهده قاتل أبيه ويظن بقاء القصاص عليه ، فيتبين سقوط القصاص عنه بعفو وكيله أو شريكه في الإرث . انتهىٰ .

وأصل هـٰذا في كلام الرافعي ؛ حيث قال : والمفهوم مما أورده ـ يعني : الغزالي ـ فيما إذا ظنه حربياً أو مرتداً من غير أن يعهده كذلك ، ولم يكن كذلك : القطع بوجوب القصاص ، **والوجه** : التسوية بينهما وبين من ظنه قاتل أبيه ، إما في القطع أو إثبات القولين ، قال : وقد يرجح القطع بالوجوب فيما إذا قال : تبينت أن أبي كان حياً حين قتلته ، مع أن أصل الظن أو الشبهة قائم[(١)] .

٤٥٧٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧١] : (**ولو ضرب مريضاً جهل مرضه ضرباً يقتل المريض . . وجب القصاص**) استثنىٰ منه شيخنا الإمام البلقيني ما إذا ضربه في تأديب ، وحكاه عن « الوسيط »[(٢)] .

٤٥٧٦ـ قوله : (**ويشترط لوجوب القصاص في القتيل : إسلامٌ أو أمانٌ**)[(٣)] أحسن من قول « الحاوي » [ص ٥٤٨] : (**معصوم بإيمانٍ وأمان**) لأن أحدهما كاف ، وعبارة « الحاوي » أحسن من وجه آخر ؛ لأنه تكلم على الضمان الذي هو أعم وتكلم « المنهاج » على القصاص الذي هو أخص ، فلو عبر **بالضمان** . . لكان أولىٰ ، لكنه عقبه بقوله : (**فيُهدر حربي ومرتد**)[(٤)] ولا يخفىٰ أن إهدار المرتد إنما هو علىٰ غير مرتد مثله ، وسيأتي في كلامهم .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : يشترط في القتيل مع الإسلام والأمان : ألاَّ يكون صائلاً أو قاطع

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ١٥٦) .

(٢) الوسيط (٦/ ٢٥٧ ، ٢٥٨) .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٤٧١) .

(٤) انظر « المنهاج » (ص ٤٧١) .

طريق لا يندفع شره إلا بالقتل. . فهو غير معصوم في تلك الحالة مع أنه مسلم ، فإن كان ذمياً. . انتقض عهده بقطع الطريق إن شرط انتقاض عهده به ، وإلا . . فلا ، وهل ينتقض عهده بالصيال أو يقال : هو مهدر مع بقاء عهده ؟ الثاني **هو المعتمد** ؛ وهو مقتضىٰ كلام الشافعي وأصحابه ، وأما في الهدنة والأمان. . فمقتضى المنقول : انتقاض عهده وأمانه ، ولا يقال في الصائل وقاطع الطريق : إنهما معصومان بالنسبة لغير المصول عليه والمقطوع عليه الطريق ، بل هما مهدران مطلقاً إذا تعين قتلهما لدفع شرهما .

وأورد في « المهمات » على الحصر في الإيمان والأمان : ضرب الرق علىٰ أسير ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : لا يرد ؛ فإنه صار مالاً للمستحقين المسلمين ومال المسلمين في أمان .

٤٥٧٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧١] : (**ومن عليه قصاص كغيره**) أي : بالنسبة إلىٰ غير مستحق القصاص ، أما بالنسبة إليه. . فهدر ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٥٤٨] : (**كالقاتل ، ويد السارق علىٰ غير المستحق**) وأورد عليهما شيخنا الإمام البلقيني من عليه قصاص ؛ لأنه قتل في قطع الطريق ، إذا قتله غير المستحق. . لا يقتل به ، إلا إن كان مثله في تحتم القتل ، وما ذكره « الحاوي » من أن يد السارق معصومة بالنسبة لغير المسروق منه ، فإذا قطعها. . قطعت يده ، صرح به الماوردي ، لكن المجزوم به في « الروضة » وأصلها في (باب السرقة) أنه لا قطع مطلقاً ، وهو ظاهر ؛ لاستحقاقها القطع[1] .

٤٥٧٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٠] : (**ومن قتل من وجب رجمه بالبينة ، أو انحتم قتله في المحاربة. . لم تلزمه الدية**) يستثنىٰ منه : ما إذا كان القاتل ذمياً أو مستأمناً أو زانياً محصناً. . فعليه القصاص ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٤٧١] : (**والزاني المحصن إن قتله ذميٌّ. . قُتل ، أو مسلمٌ. . فلا في الأصح**) وفيه أمور :

أحدها : لا يختص ذلك بالذمي ، بل لو قتله زان محصن. . قتل به **في الأصح** مع كونه مسلماً ، وكذا يقتل به المرتد **في الأصح** ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٥٤٨] : (**والزاني المحصن على الذمي ومثله والمرتد**) .

ثانيها : استثنىٰ شيخنا الإمام البلقيني من قتل الذمي بالزاني المحصن ما إذا كان الزاني المحصن ذمياً كتابياً وكان الذمي القاتل له ليس زانياً محصناً ولا وجب قتله بقطع طريق ونحوه. . قال : فلا يقتل به على **المعتمد** به ، وتعليلهم بأنه لا تسلط له على المسلم ولا حق له في الواجب **عليه** يدل عليه ، قال : والقياس أنه لا فرق بين أن يكون القاتل كتابياً أو مجوسياً .

---

(١) فتح العزيز (١١/ ٢٤٥) ، الروضة (١٠/ ١٥١) .

ثالثها : تعبيره **بالأصح** مخالف لتعبير « الروضة » بالصحيح المنصوص[١] ؛ فكان ينبغي أن يقول : (**على النص**) .

رابعها : قال القاضي أبو الطيب : محل الخلاف : إذا قتله قبل أمر الإمام بقتله ، فإن كان بعده . . فلا قصاص قطعاً ، حكاه عنه في زيادة « الروضة »[٢] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وفيه توقف فيما إذا قتله بالسيف بعد أمر الإمام برجمه ، أو عين لرجمه جماعة فرجمه غيرهم .

خامسها : **صحح** النووي في « تصحيح التنبيه » : التفصيل بين أن يثبت زناه بالبينة . . فلا يقتل به ، أو بالإقرار . . فيقتل به[٣] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : لا اعتماد عليه ، والإطلاق هو **المعتمد** .

نعم ؛ لو قتله بعد رجوعه عن الإقرار . . لم يقتل به كما نقل في « أصل الروضة » **تصحيحه** عن ابن كج[٤] .

لكن قال شيخنا الإمام البلقيني : **الأصح** : أنه يقتل به ، وفي نص الشافعي فيمن قتله بعد أمر الإمام ما يشعر به .

قلت : بل هو صريح فيه ؛ فإنه قال : لا شيء علىٰ قاتله ؛ لأنه لا يحل حقن دم هـٰذا أبداً حتىٰ يرجع عن الإقرار بكلامٍ إن كان . . قضي عليه بإقراره . . . إلىٰ آخر كلامه[٥] .

قال شيخنا : أما لو قتله بعد رجوع الشهود . . قتل به جزماً ، إلا إذا ظن بقاء شهادتهم . . فهو كظن بقاء الردة ، وقد تقدم ، قال : فلو قتله قبل أمر الحاكم بقتله ثم رجع الشهود وقالوا : تعمدنا . . **فالأقوى الأقيس** : أنه يقتل به دون الشهود ، ولم يذكروه .

سادسها : محل الخلاف : فيما إذا ثبت زناه ببينة أو إقرار ، فلو رآه يزني وعلم أنه محصن . . لم يقتل بلا خلاف ، نص عليه كما حكاه شيخنا الإمام البلقيني .

٤٥٧٩ـ قولهما ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وفي القاتل : بلوغٌ وعقلٌ**)[٦] لو قال : (كونه ملتزماً للأحكام) . . لكان أولىٰ ؛ ليدخل الحربي في الضابط ، ثم يفصله كما في « الروضة »[٧] ،

---

(١) الروضة (٩/١٤٨) .
(٢) الروضة (٩/١٤٨) .
(٣) تصحيح التنبيه (٢/١٦٧) .
(٤) الروضة (١٠/٩٦) .
(٥) انظر « الأم » (٦/٧١) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ٢١٣) ، و« المنهاج » (ص ٤٧١) .
(٧) الروضة (٩/١٤٩) .

وإن كان « المنهاج » قد قال بعد ذلك [ص ٤٧٢] : (**ولا قصاص علىٰ حربي**) وصرح « الحاوي » بأنه لا قصاص على الحربي ولا كفارة[1] .

٤٥٨٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٣] : (**ويجب علىٰ من زال عقله بمحرم ، وقيل : فيه قولان**) **الأصح** : طريقة القولين ، **وأصحهما** : الوجوب ، وعبارة « المنهاج » [ص ٤٧١] : (**والمذهب : وجوبه على السكران**) ولا يعرف منه هل الراجح طريقة القطع أو الخلاف ؟ ويرد عليه : أن محل الخلاف : في غير المعذور بسكره ، أما من أكره علىٰ شرب الخمر أو جهل كونها خمراً . . فلا شيء عليه ، وأن المتعدي بشرب دواء يزيل العقل كالسكران ، ولا يرد ذلك علىٰ تعبير « التنبيه » .

٤٥٨١ـ قوله : (**ولا يجب القصاص على المسلم بقتل الكافر**)[2] أعم من قول « المنهاج » [ص ٤٧٢] : (**فلا يقتل مسلم بذمي**) لكنه إذا لم يقتل بالذمي . . فبالمعاهد والحربي أولىٰ .

٤٥٨٢ـ قوله : (**ويقتل ذمي بذمي وإن اختلفت ملتهما**)[3] يقتضي أن الكفر ملل ، **والمذهب** : أنه ملة واحدة ، إلا أن يريد : بمقتضىٰ زعمهما .

٤٥٨٣ـ قوله : (**فلو أسلم القاتل . . لم يسقط القصاص**)[4] أي : فيما إذا قتل ذمي ذمياً ، وكلامه يقتضي الجزم بذلك ؛ فإنه حكى الخلاف في التي بعدها دونها ، وكذا في « الروضة » وأصلها[5] ، لكن فيه وجه في « الكفاية » ، ونقله شيخنا الإمام البلقيني قولاً عن رواية الربيع ، وقال : لم أر من ذكره ، بل ذكر أن الخلاف يأتي أيضاً فيما إذا قتل ذمي مسلماً ثم أسلم من الوجه الصائر إلىٰ إسقاط القصاص بالتوبة ، وهو في (كتاب قاطع الطريق) فإن الإسلام من أعظم التوبات .

٤٥٨٤ـ قوله : (**ولو جرح ذمي ذمياً ثم أسلم الجارح ثم مات المجروح . . فكذا في الأصح**)[6] يقتضي أن الخلاف وجهان ، وكذا في « الروضة » وأصلها[7] ، لكن حكاه القاضي حسين وغيره قولين ، وحكىٰ شيخنا الإمام البلقيني النص علىٰ أنه لا يسقط ، قال : وإذا كان له قولان في إسلام القاتل . . ففي الجراحة أولىٰ .

ومحل الخلاف : في قصاص النفس ، فأما قصاص الطرف : فيجب قطعاً .

---

(١) الحاوي (ص ٥٥١) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢١٣) .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٢) .

(٤) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٢) .

(٥) فتح العزيز (١٠/ ١٦٠) ، الروضة (٩/ ١٥٠) .

(٦) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٢) .

(٧) فتح العزيز (١٠/ ١٦٠) ، الروضة (٩/ ١٥٠) .

٤٥٨٥ـ قوله : (**وفي الصورتين إنما يقتص الإمام بطلب الوارث**)[١] لا يخفىٰ أن محله : إذا لم يسلم الوارث .

٤٥٨٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٣] : (**فإن قتل المرتد ذمياً . . ففيه قولان**) **الأظهر** : وجوب القصاص ، وعليه مشى « المنهاج »[٢] .

٤٥٨٧ـ قوله : (**وبمرتد**)[٣] أي : **الأظهر** : **قتل** مرتد بمرتد ، يقتضي أن الخلاف قولان ، وكذا في « المحرر »[٤] ، لكن في « الروضة » وأصلها أنه وجهان[٥] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : ووهم صاحب « المطلب » فذكر أن الخلاف في ذلك حكاه في « الأم » قولين .

٤٥٨٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٣] : (**وإن قتل ذمي مرتداً . . فقد قيل : يجب القود ، وقيل : لا يجب**) **الأصح** : أنه لا يجب ، وعليه مشى « المنهاج »[٦] ، وعبارته تقتضي أن الخلاف فيه قولان ، وكذا في « الروضة » ، لكن في أصلها قولان أو وجهان[٧] ، وتعبير « التنبيه » يقتضي أنهما وجهان ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه الموجود في تصانيف الطريقين .

وقد يفهم من إيجاب القود وجوب الدية إذا عفي علىٰ مال أو كان خطأ ، **والأصح** : خلافه ؛ لأنه لا قيمة لدمه ، وإنما أوجبنا القصاص ؛ لأن الذمي يقتله عناداً لا تديُّناً ؛ فإنه يعتقده محقون الدم ، بخلاف المسلم فقتلناه به زجراً وسياسة .

قال الرافعي : وقد يقال : هـٰذا المعنىٰ إن اقتضى الفرق بين المسلم والذمي في القصاص . . اقتضاه في الدية ، فيقال : لا قيمة لدمه في حق المسلم دون الذمي ، وليس في التوجيه المذكور ما يوجب الفرق بين القصاص والدية[٨] .

٤٥٨٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧٢] : (**ولا يقتل حر بمن فيه رق**) أحسن من قول « التنبيه » [ص ٢١٣] : (**ولا يجب القصاص على الحر بقتل العبد**) لتناوله المبعض وغيره .

٤٥٩٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧٢] : (**ويقتل قنٌّ ومدبرٌ ومكاتبٌ وأم ولدٍ بعضهم ببعض**)

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٢) .
(٢) المنهاج (ص ٤٧٢) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٢) .
(٤) المحرر (ص ٣٩٠) .
(٥) فتح العزيز (١٠/ ١٦٢) ، ولم أقف عليه في « الروضة » .
(٦) المنهاج (ص ٤٧٢) .
(٧) فتح العزيز (١٠/ ١٦٢) ، ولم أقف عليه في « الروضة » .
(٨) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ١٦٢) .

و« الحاوي » [ص ٥٦٧] : (**لم يفضُله لدى الإصابة بإسلام وحرية وأصليَّتِهِ**) أورد عليه شيخنا الإمام البلقيني : أن المكاتب لا يقتل بعبده الذي تكاتب عليه ، كما إذا ملك أباه **على الأصح** في « الروضة » وأصلها ، وقال في « الشرح الصغير » : **الأقوىٰ** الوجوب ، وقال في « الشرح الكبير » : إنه يحكىٰ عن إشارة النص[١] ، قال البارزي : فلو قال « الحاوي » : (لم يفضله بإسلام وحرية وسيادته) . . لوافق **الأصح** ، وأما قوله قبل ذلك : (**ولو مكاتباً وأباً ؛ بأن يشتري المكاتب أباه وقتله**)[٢] فإنما ذكره لنفي الضمان .

٤٥٩١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧٢] : (**ومن بعضه حر لو قتل مثله . . لا قصاص**) و« الحاوي » [ص ٥٦٩] : (**أو اشتركا حرية ورقاً**) زاد « المنهاج » : (**وقيل : إن لم تزد حرية القاتل . . وجب**) هٰذا الوجه قال في « أصل الروضة » : إنه أشبههما عند المتقدمين ، وبه قال الشيخ أبو حامد والماوردي ، قال : **وأصحهما** عند المتأخرين ـ وهو اختيار القاضي أبي الطيب ـ : لا قصاص[٣] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : والمسألة من قاعدة الحصر والإشاعة ، فمن حصر الحرية في الحرية والرق في الرق . . حكم بوجوب القصاص ، بشرط ألاَّ تكون الحرية من القاتل أكثر ، ومن أشاع . . منع ، والإشاعة هي **المعتمد عليها** في المذهب في إبطال قاعدة مد عجوة ، **والمصححة** في (البيع) **ومجزوم** بها في (القراض) ، ولكن **الأصح** في (الفلس) و(الوصية) : الحصر .

٤٥٩٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٣] : (**وإن جنىٰ حر علىٰ رجل لا يعرف رقه ولا حريته ، فقال الجاني : هو عبد ، وقال المجني عليه : أنا حر . . فالقول قول المجني عليه ، وقيل : فيه قولان**) **الأصح** : طريقة القولين ، **وأصحهما** : تصديق المجني عليه ، لكن يخالفه ما حكاه في « أصل الروضة » عن « البحر » أنه لو قتل حر من لا يعلم أنه حر أو عبد . . فلا قصاص ؛ للشبهة .

٤٥٩٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧٢] : (**ولا بقتل ولد وإن سفل**) أخصر وأعم من قول « التنبيه » [ص ٢١٣] : (**ولا يجب القصاص على الأب والجد ولا على الأم والجدة بقتل الولد وولد الولد**) ومع ذلك فلو قال : (ولا بقتل فرع) . . لكان أحسن ، **والمذهب** كما في « النهاية » : أنه لم يجب القصاص أصلاً ، وقيل : وجب ثم سقط[٤] ، فلو قتل منفيه باللعان . . ففي وجوب القصاص عليه وجهان في « أصل الروضة » فيما يحرم من النكاح عن حكاية المتولي[٥] .

---

(١) فتح العزيز (١٠/ ١٦٥) ، الروضة (٩/ ١٥١) .
(٢) الحاوي (ص ٥٥١) .
(٣) الروضة (٩/ ١٥٠ ، ١٥١) .
(٤) نهاية المطلب (١٦/ ٢٢) .
(٥) الروضة (٧/ ١٠٩) .

٤٥٩٤ـ قول « المحرر » : (وكذا لو قتل من يرثه ولد القاتل كما لو قتل زوجة ابنه أو زوجته وله منها ولد)[(١)] أسقطه في بعض نسخ « المنهاج » وذكره في بعضها .

واعلم : أن عبارة « المنهاج » تقتضي أن الولد لا يكافىء أباه ؛ لذكره هٰذا في فروع المكافأة ، وبه قال بعضهم ، لكن قال في « البسيط » : إنه فاسد ، واستدل بأن الولد يكافىء عمه وعمه يكافىء أباه ، ومكافىء المكافىء مكافىء .

قال ابن الرفعة : وقوله عليه الصلاة والسلام : « المسلمون تتكافأ دماؤهم »[(٢)] يدل عليه .

٤٥٩٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٣] : (**وإن وجب القصاص علىٰ رجل فورث القصاص ولده .. لم يستوف**) يقتضي أن الولد يرث القصاص الواجب علىٰ والده ثم يسقط ، والقياس كما قال ابن الرفعة : يقتضي عدم إرثه ؛ لأن المسقط قارن سبب الملك وجزم به قبل صدقة المواشي فقال : لا يجب شيء أصلاً ، ولا يخفىٰ أن ذكر الرجل مثال .

٤٥٩٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧٢] : (**ويقتل بوالِديهِ**) يستثنىٰ منه : والد المكاتب الذي هو ملكه كما تقدم .

٤٥٩٧ـ قوله : (**ولو تداعيا مجهولاً فقتله أحدهما ؛ فإن ألحقه القائف بالآخر .. اقتص ، وإلا .. فلا**)[(٣)] فيه أمران :

أحدهما : رجح شيخنا الإمام البلقيني : أنه لا يقتص من القاتل بإلحاق القائف بالآخر ؛ لأن قول القائف حجة علىٰ خلاف القياس ، فيقتصر بها علىٰ مجرد لحاق النسب ؛ كثبوت هلال رمضان بواحد لا يتعدىٰ لحلول الدين ونحوه ، وقال : إنه ظاهر نص « الأم » ، وبه جزم الماوردي ، **وهو المعتمد** ، قال : وقول صاحب « المطلب » فيما إذا رآه القائف قبل القتل هٰذه لا خلاف فيها ؛ أي : في جواز الإلحاق لا في القود .

ثانيهما : أنه دخل في قوله : (**وإلا .. فلا**) ما إذا ألحقه بثالث ، والمجزوم به في « الروضة » وأصلها : وجوب القصاص في هٰذه الصورة أيضاً[(٤)] ، لكن قال شيخنا الإمام البلقيني : إنه مردود ؛ فإنه لا يثبت بذلك نسب الملحق به ، بل يترك حتىٰ يبلغ لو كان حياً وينتسب ، وقد تعذر ذلك هنا ؛ فلا إلحاق .

٤٥٩٨ـ قوله : (**ولو قتل أحد الأخوين الأب والآخر الأم معاً .. فلكل واحد قصاصٌ ، ويُقَدَّم**

---

(١) المحرر (ص ٣٩٠) .

(٢) أخرجه أبو داوود (٢٧٥١) وابن ماجه (٢٦٨٥) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٢) .

(٤) فتح العزيز (١٠/١٦٧) ، الروضة (٩/١٥٣) .

بقرعةٍ ، فإن اقتص بها ، أو مبادراً . . فلوارث المقتص منه قتل المقتص إن لم نُوَرِّث قاتلاً بحق ، وكذا إن قتلا مرتباً ولا زوجية ، وإلا . . فعلى الثاني فقط)[1] فيه أمور :

أحدها : أن المراد : الأخوان الشقيقان ؛ ولهـٰذا عرّف الأب والأم ، وتمام التصوير أن يكونا حائزين ، فلو كان معهما وارث آخر . . لم يتم التفريع المذكور .

ثانيها : لا يخفىٰ أن القرعة عند التنازع ، فلو طلب القصاص أحدهما دون الآخر . . أجيب الطالب .

ثالثها : يستغنىٰ عن القرعة أيضاً فيما إذا قطع كل منهما من مقتوله عضواً وماتا بالسراية معاً . . فلكل منهما طلب قطع عضو الآخر حالة قطع عضوه ، ذكره شيخنا الإمام البلقيني ، ثم إذا مات الأخوان بالسراية معاً أو مرتباً . . وقع قصاصاً .

رابعها : ويستغنىٰ عنها أيضاً فيما لو قتلاهما معاً في قطع طريق . . فللإمام أن يقتلهما معاً ؛ لأنه حد وإن غلب فيه معنى القصاص ، لكنه لا يتوقف على الطلب ، ذكره شيخنا الإمام البلقيني أيضاً .

خامسها : لوارث المقتص منه قتل المقتص وإن ورثنا القاتل بحق إذا كان محجوباً ؛ كأن يكون لذلك الأخ ابن ، ذكره في « الروضة » وأصلها[2] .

سادسها : قوله : (وكذا إن قتلا مرتباً ولا زوجية) يقتضي أن التقديم بالقرعة هنا أيضاً ، لكن الأرجح عند النووي : أنه يبدأ بالقاتل الأول[3] ، ولكن قال شيخنا الإمام البلقيني : المعتمد عندنا الإقراع ، وهو الذي يفتىٰ به ؛ لأن تقديم أحد الحقين في الإيجاب لا يوجب التقديم في الاستيفاء ؛ فإن من أتلف مال رجل ثم مال آخر وضاق ماله عنهما . . لا يقدم أولهما ، وإنما قيل بالأول فيما إذا قتل جماعة ؛ لأن ذاته صارت كالمرتهنة بقصاص الأول ، وهنا وجب لكل منهما قصاص علىٰ صاحبه وهما متنازعان في التقديم . . فتعين الإقراع ، ويمكن حمل كلام « المنهاج » علىٰ مجرد إيجاب القصاص لكل منهما على الآخر ؛ بدليل قوله : (وإلا . . فعلى الثاني) .

ثم محل ذلك : في غير قطع الطريق ، فأما فيه . . فلا حاجة لإقراع ولا تقديم مبتدىء ، وللإمام قتلهما معاً كما تقدم .

سابعها : قوله (وإلا . . فعلى الثاني فقط) أي : كانت الزوجية بين الأبوين قائمة ، فهو نفي لنفي الزوجية ، وإنما اختص القصاص بالثاني ؛ لأن الأول ورث من أمه شيئاً مما ورثته من قصاص أبيه الثابت عليه . . فسقط الكل .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٣) .

(٢) فتح العزيز (١٠/١٦٩) ، الروضة (٩/١٥٤) .

(٣) انظر « الروضة » (٩/١٥٤) .

قال شيخنا الإمام البلقيني : ومحل هٰذا : إذا لم يكن هناك مانع من إرث ، ومنه الدور ، حتىٰ لو تزوج الرجل بأمهما في مرض موته ثم وجد القتل المذكور من الولدين . . فلكل منهما القصاص على الآخر مع وجود الزوجية ، وعلىٰ هٰذا : ففي صورة الدور لو ماتت الزوجة أولاً . . لم يمتنع الزوج من إرثها ، فإن كان هو المقتول أولاً . . فكل منهما يستحق القصاص على الآخر ، وإن كانت هي المقتولة أوّلاً . . فالقصاص على الثاني ، قال : فليتنبه لذلك ؛ فإنه من النفائس .

قال شيخنا المذكور في « حواشيه » : ولم يصر أحد من الأصحاب إلىٰ أنهما يوكلان ويقتص وكيلاهما معاً ؛ لأن شرط دوام استحقاق كل منهما قتل صاحبه : أن يكون حياً بصفة الاستحقاق عند قتل غريمه ، قال : فلو قتلهما الوكيلان معاً . . فهل يقع الموقع ؟ لم أقف علىٰ نقل فيه .

٤٥٩٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧٣] : (**وللولي العفو عن بعضهم علىٰ حصته من الدية باعتبار الرؤوس**) وقول « الحاوي » [ص ٥٥٦] : (**والرؤوس إن شارك**) يستثنىٰ منه : ما إذا كان الضرب بالسياط أو العِصِي الخفيفة ، وكانت ضربات كل واحد منهم قاتلة لو انفردت . . **فالأظهر** : أن التوزيع علىٰ عدد الضربات لا الرؤوس ، هٰذه عبارة الرافعي[1] ، وعبر عنه في « الروضة » بقوله : كانت الضربات كل واحدة منهن قاتلة[2] ، وهو غير مستقيم ؛ لتصويره أولاً أن الضرب بعصي خفيفة ، وأيضاً : فلا نظر حينئذ للعدد ، بل يقطع باعتبار الرؤوس كما في الجراح .

وإن لم يكن ضرب كل واحد قاتلاً وتواطؤوا وفرعنا علىٰ إيجاب القصاص وهو **الأصح** . . فهل يتوزع علىٰ عدد الضربات على **الأرجح** كالتي قبلها أم علىٰ عدد الروس ؟ قال شيخنا الإمام البلقيني : **القياس** الأول .

٤٦٠٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٥] : (**وإن جرح نفسه وجرحه آخر** ، **أو جرحه سبع وجرحه آخر . . ففيه قولان** ، **أحدهما** : **يجب القود على الجارح** ، **والثاني** : **لا يجب**) **الأصح** في الأولىٰ : الوجوب ، وعليه مشى « المنهاج »[3] ، وأما الثانية : فمقتضىٰ كلام « الروضة » وأصلها فيها ترجيح الوجوب أيضاً ؛ لأنه حكىٰ فيها طريقين ، **أشهرهما** : طرد القولين في شريك الحربي ، **والأظهر فيه** : وجوب القصاص ، والثانية : القطع بعدم القصاص ، **وصححها** القاضي حسين والإمام والغزالي[4] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنها غير صحيحة ؛ فقد نص في « الأم » علىٰ إيجاب القصاص علىٰ شريك السبع . انتهىٰ .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ١٨٥) .
(٢) الروضة (٩/ ١٦٦) .
(٣) المنهاج (ص ٤٧٣) .
(٤) فتح العزيز (١٠/ ١٨٠ ، ١٨١) ، الروضة (٩/ ١٦٢) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٧٩) ، و« الوجيز » (٢/ ١٣١) .

لكن رجح في « تصحيح التنبيه » عدم وجوبه[1] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٥٦٨] : (**لا خاطئاً أو سبعاً**) والفرض فيما إذا كان جرح السبع يحصل منه الموت غالباً ، وإلا . . فشريك شبه العمد ، ومحل الطريقين علىٰ ما يقتضيه كلام الإمام : أن يقصده السبع ، أما لو وقع عليه بلا قصد . . فلا قصاص قطعاً ، وقال البغوي : لا فرق[2] .

وتعبير « الحاوي » بالخاطىء لغة في المخطىء حكاها أبو عبيدة وغيره ، لكن **المشهور** : أنه فاعل ما لا ينبغي عمداً ؛ ولذلك عبر « التنبيه » و« المنهاج » بـ (**المخطىء**) .

٤٦٠١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧٣] : (**ولو داوىٰ جرحه بسم مُذفِفٍ . . فلا قصاص علىٰ جارحه**) أي : في النفس ، وعليه قصاص الجراحة إن اقتضت القصاص ، وإلا . . فأرشها .

٤٦٠٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٥] : (**وإن جرحه واحد جراحة وداوىٰ هو جرحه بسم غير موح ولكنه يقتل غالباً ، أو خاط الجرح في لحم حي . . فقد قيل : لا يجب القود على الجارح ، وقيل : علىٰ قولين**) فيه أمران :

أحدهما : **الأصح** : طريقة القولين ، **وأظهرهما** : الوجوب ، وعليه مشىٰ في الأولى « المنهاج » فقال [ص ٤٧٣] : (**فشريك جارح نفسه ، وقيل : شريك مخطىٍ**) و« الحاوي » ، لكنه أطلق وجوب القصاص فيما إذا شارك مداوياً[3] ، وهو محمول علىٰ ما إذا كان **يقتل** غالباً وعلم حاله ، وقد صرح بهما « المنهاج »[4] ، وصرح « التنبيه » بالأول كما قد عرفت .

ثانيهما : قال الجيلي : **الصواب** في التعبير أن يقال : في جلد حيّ ؛ إذ لا يخاط علىٰ لحم ، وقال غيره : إنهم احترزوا باللحم عن الجلد ؛ فإنه إذا خاط في جلد حي . . فليس **بشريك** .

٤٦٠٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٥] : (**وإن خاط الجرح من له عليه ولاية . . ففيه قولان ، أحدهما : يجب القود على الولي والجارح ، والثاني : لا يجب على الولي ولا على الجارح**) صحح النووي في « تصحيحه » : أنه لا قود على الولي ، ولم يتعرض للجارح[5] ، وكلامه في « الروضة » وأصلها يقتضي تصحيح الوجوب على الجارح ؛ فإنهما بنياه علىٰ ما لو تولاه المجروح ، **والأصح** : الوجوب فيه كما تقدم[6] .

وفي « الكفاية » : أن النووي صحح أنه لا قصاص على الجارح ، وليس كما نقل عنه ،

---

(١) تصحيح التنبيه (٢/١٥٨) .
(٢) انظر « التهذيب » (٧/٤٨) .
(٣) الحاوي (ص ٥٦٨) .
(٤) المنهاج (ص ٤٧٣) .
(٥) تصحيح التنبيه (٢/١٥٨) .
(٦) فتح العزيز (١٠/١٨٤) ، الروضة (٩/١٦٥) .

ولا يخفىٰ أن محل الخلاف : ما إذا لم يكن أباً ولا جداً ، فإن كان أباً أو جداً . . فلا قود عليه ، وفي الضمان وجهان .

٤٦٠٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٥] : (**وإن اشترك جماعة في قتل واحد . . قتلوا به**) محله : ما إذا كان فعل كل منهم لو انفرد لقتل ، أما لو كان ضرب كل واحد غير قاتل . . **فالأصح** : أنهم إن تواطئوا علىٰ ذلك . . وجب القصاص ، وإلا . . فلا ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[1] .

٤٦٠٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧٣] : (**ومن قَتَل جمعاً . . قُتِل بأوّلهم**) أي : إن لم يعف ، فإن عفىٰ . . قتل بالثاني ، وهٰكذا .

فَصْلٌ

[في تغير حال المجني عليه من وقت الجناية]

٤٦٠٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧٤] : (**جرح حربياً أو مرتداً أو عبد نفسه فأسلم وعتق ثم مات بالجرح . . فلا ضمان**) صورته : أن يكون الجارح مسلماً أو ذمياً ، فإن كان مرتداً . . وجب القصاص كما تقدم ، وتجب الدية هنا على **الأصح** وإن لم تجب في قتل المرتد مرتداً **في الأصح** ، ولا يرد ذلك علىٰ قول « الحاوي » [ص ٥٤٨] : (**معقِّبُ تلفِ معصومٍ لدى التلف والإصابة**) لأن المرتد ليس معصوماً بالنسبة لمرتد آخر .

٤٦٠٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧٤] : (**وقيل : تجب ديةٌ**) يقتضىٰ أنه في مسألة العبد وجه ، وهو في « الروضة » قول[2] ، لكن الرافعي قال : إنه مخرَّج[3] ، فصح التعبير عنه بكل منهما ، وهي دية حر ومسلم مخففة على العاقلة كما في المسألة عقبها ، وعبارة « المحرر » تفهم ذلك[4] ، وأن كونها مخففة على العاقلة يعود للمسألتين ، بخلاف عبارة « المنهاج » .

٤٦٠٨ـ قوله : (**ولو رماهما فأسلم وعتق . . فلا قصاص**)[5] كان ينبغي أن يقول (رماهم) ليعود الضمير على الحربي والمرتد وعبد نفسه ، ولكنه أعاد الضمير علىٰ عبد نفسه والكافر بصفتيه ، ويرد ذلك علىٰ قول « الحاوي » [ص ٥٦٧] : (**لم يفضله لدى الإصابة بإسلام وحرية**) لما عرفته من أنه لا قصاص مع كونه لم يفضله حال الإصابة بواحد منهما .

٤٦٠٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧٤] : (**والمذهب : وجوب دية مسلمٍ مخففةٍ على العاقلة**) نص

---

(١) الحاوي (ص ٥٦٨) ، المنهاج (ص ٤٧٣) .
(٢) الروضة (٩/١٦٧) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٠/١٨٧) .
(٤) المحرر (ص ٣٩١) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٤) .

في « الأم » في صورة المرتد علىٰ أنها حالة على الجاني[١] ، حكاه شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : إنه **المذهب** ، والحربي مثله ، وعبد نفسه أولىٰ ، ولم يذكر « المنهاج » حكم عبد نفسه ؛ لأنه زاده على « المحرر » ، وكان ينبغي أن يقول : (مسلم أو حر) .

٤٦١٠- قولهما فيما لو ارتد المجروح ومات بالسراية : (**ويجب قصاص الجرح في الأظهر**)[٢] تبعا فيه الشيخ أبا حامد ، ولكن قال شيخنا الإمام البلقيني : ليس بمعتمد ، وإنما نص في « الأم » علىٰ إيجاب القصاص[٣] ، ومقابله وجه خرجه ابن سريج .

٤٦١١- قول « المنهاج » [ص ٤٧٤] : (**فيستوفيه قريبه المسلم**) المراد : وارثه لولا الردة ، فيخرج عنه قريبه الذي ليس وارثاً ، ويدخل فيه ذو الولاء ، فكان ينبغي التعبير بذلك .

٤٦١٢- قوله : (**وقيل : الإمام**)[٤] يوهم ضعفه ، وليس كذلك ؛ فقد عزاه ابن كج والماوردي للأكثرين ، لكن الرافعي حكى الأول عن الأكثرين[٥] .

٤٦١٣- قول « التنبيه » [ص ٢١٣] : (**وإن قطع مسلم يد مسلم ثم ارتد المجني عليه ورجع إلى الإسلام ومات ولم يمض عليه في الردة زمان يسري فيه الجرح . . فيه قولان ، أصحهما : يجب القود**) صحح الرافعي والنووي : أنه لا يجب[٦] ، وعليه مشى « المنهاج » لكنه جعل الوجوب وجهاً فقال : (**وقيل : إن قصرت الردة . . وجب**)[٧] والذي في « الروضة » وأصلها حكايته قولاً .

وضبطُ القصير بما لم يمض في الردة زمان يسري فيه الجرح . . أوضحُ ، وتخصيص الخلاف بهٰذه الحالة طريقة الأكثرين ، وأجراهما مطلقاً ابن سريج وابن سلمة وابن الوكيل .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه **أصح** ؛ لأنه نص في « الأم » على القولين فيما إذا جرح ذمي مستأمناً في بلاد الإسلام ، ثم لحق المجروح بدار الحرب ، ثم رجع إلينا بأمان[٨] ، قال : وهٰذا زمان طويل ، والحمل علىٰ أنه كان بجوار دار الحرب ثم عاد إلينا وجدد العهد عن قرب حملٌ بعيد .

٤٦١٤- قوله : (**وتجب الدية ، وفي قول : نصفها**)[٩] قال الرافعي : قال أكثرهم : موضع

---

(١) الأم (٦/ ٤٨) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢١٣) ، و« المنهاج » (ص ٤٧٤) .
(٣) الأم (٦/ ٣٩) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٤) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ١٩١) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ١٩٣) ، و« الروضة » (٩/ ١٧٠) .
(٧) المنهاج (ص ٤٧٤) .
(٨) الأم (٦/ ٤٥) .
(٩) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٤) .

الخلاف ما إذا طالت مدة الإهدار ، أما إذا قصرت . . فلا خلاف في وجوب الدية[١] ، وحكى الإمام طرد الخلاف[٢] .

٤٦١٥ـ قوله : (**ولو جرح مسلم ذمياً فأسلم أو حر عبداً فعتق ومات بالسراية . . فلا قصاص ، وتجب دية مسلم**)[٣] كان ينبغي أن يقول : (حر) وكذلك قال في « المحرر »[٤] .

لا يغني عن ذلك في العبد إذا عتق أن يقول : دية مسلم ؛ لجواز أن يكون العتيق كافراً .

٤٦١٦ـ قوله : (**وهي لسيد العبد**)[٥] الضمير عائد علىٰ دية المسلم ، ولكن قد يكون العتيق كافراً كما تقدم ، ثم إنه لا يتعين حق السيد في الذمة ، بل للجاني العدول إلىٰ قيمتها وإن كانت الإبل موجودة ؛ نظراً إلىٰ أن حق السيد إنما هو في القيمة ، هـٰذا هو الذي رجحه الإمام والغزالي[٦] .

٤٦١٧ـ قوله : (**فإن زادت علىٰ قيمته . . فالزيادة لورثته**)[٧] محله : فيما إذا لم يكن للجرح أرش مقدر ، فإن كان له أرش مقدر ؛ كالموضحة . . فللسيد علىٰ أصح القولين أقل الأمرين من الدية ومن نصف عشر قيمة العبد ، وكلامه في صورة قطع اليد يقتضيه ، فإن لم يكن مقدراً ولكنه تابع لمقدر ؛ كالجرح علىٰ إصبع مثلاً . . فله الأقل من الدية ومن عشر ناقصاً شيئاً باجتهاد الحاكم ؛ لأنه لا يمكن زيادة التابع على المتبوع .

٤٦١٨ـ قوله : (**ولو قطع يده فعتق فجرحه آخران ومات بسرايتهم . . فلا قصاص على الأول إن كان حراً ، ويجب على الآخرين**)[٨] فيه أمران :

أحدهما : أنه لا حاجة للتقييد بكونه حراً ؛ فإنه فرض المسألة لعود الضمير في قوله : (**قطع**) على الحر في قوله : (**أو حر عبداً**) .

ثانيهما : لا حاجة لقوله : (**فجرحه آخران**) فلو جرحه واحد فقط . . وجب عليه القصاص ، وإنما أثر تعدد الجناية بعد العتق في الواجب للسيد ، ولم يتعرض له « المنهاج » ، وفيه قولان في « الأم » و« المختصر » ، **أصحهما** : أن له الأقل من ثلث دية حر ونصف قيمته عبداً ، والثاني : له الأقل من ثلث دية حر وثلث قيمته عبداً ، واختاره المزني[٩] .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٠/١٩٣) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٦/٩٧) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٤) .
(٤) المحرر (ص ٣٩٢) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٤) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (١٦/١٢ ، ١١٣) ، و« الوجيز » (٢/١٣٢) .
(٧) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٤) .
(٨) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٤) .
(٩) الأم (٦/٥٠) ، مختصر المزني (ص ٢٣٨) .

٤٦١٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٠] : (**ومن قتل مسلماً تترس به المشركون في دار الحرب . . فقد قيل : إن علم أنه مسلم . . وجبت ديته ، وإن لم يعلم . . لم تجب**) هو الأصح .

فصل

[شروط قود الأطراف والجراحات وما يتعلق بها]

٤٦٢٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧٥] : (**يشترط لقصاص الطرف والجرح ما شُرط للنفس**) أخصر وأعم من قول « التنبيه » [ص ٢١٥] : (**ومن لا يجب عليه القصاص في النفس لا يجب عليه القصاص في الطرف** . . . إلىٰ آخره) ومع ذلك فأورد عليه شيخنا الإمام البلقيني أمرين :

أحدهما : إذا قلع سن من لم يثغَر . . فإنه لا يفسد غالباً ، ومع ذلك إذا بان فساد المنبت . . وجب القصاص على النص كما سيأتي .

ثانيهما : إذا جنى المكاتب علىٰ عبده في الطرف . . فله القصاص منه كما نص عليه في « الأم » ، سواء تكاتب عليه أم لا ، مع أنه لا يقتل به على الأصح كما تقدم[(١)] ، قال شيخنا : ولم أر من تعرض لاستثنائهما .

٤٦٢١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٤] : (**والشجاج في الرأس عشرة**) يقتضي أنها لا تأتي في الوجه ، لكنه قال بعده : (**والموضحة ما توضح العظم في الرأس والوجه**)[(٢)] ومقتضاه : أن غيرها لا يأتي في الوجه ، وعبارة « المنهاج » [ص ٤٧٥] : (**وشجاج الرأس والوجه عشر**) ومقتضاه : إمكان جميعها في الوجه ، وهو كذلك بالنسبة للجبهة ، ويتصور ما عدا المأمومة والدامغة في الخد وقصبة الأنف واللحي الأسفل .

٤٦٢٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٤] : (**فالحارصة : ما تشق الجلد ولا تدمي**) لم يفصح « المنهاج » بأنها لا تدمي ؛ ولعله أشار لذلك بقوله : (**ما شق الجلد قليلاً**)[(٣)] . وقول « التنبيه » [ص ٢٢٤] : (**والدامية : ما تشق الجلد وتدمي**) مثل قول « المنهاج » [ص ٤٧٥] : (**ودامِيةٌ تدميه**) وإن لم يفصح بشق الجلد ؛ للزومه لخروج الدم ، ويعتبر فيها ألاَّ يقطر الدم كما نص عليه الشافعي وأهل اللغة ، فإن سال . . فدامعة ـ بالعين المهملة ـ وفسر الإمام والغزالي الدامية بالسيلان[(٤)] ،

---

(١) الأم (٨/ ٧٣) .

(٢) التنبيه (ص ٢٢٤) .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٥) .

(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٦/ ١٨٧) ، و« الوجيز » (٢/ ١٣٣) .

وليس بصواب كما قال النووي[1] ، لكن سبقهما إليه ابن الأعرابي كما حكاه عنه الصيدلاني ، وقاله القاضي حسين والجوهري في « الصحاح » في أحد جوابيهما[2] .

٤٦٢٣ـ قولهما : (**والهاشمة : ما تهشم العظم**)[3] أي : بعد الإيضاح ، وقد أوضحه « التنبيه » بقوله [ص ٢٢٤] : (**وإن ضربه بمثقل فهشم العظم ولم يجرح . . لزمه خمس من الإبل**) .

٤٦٢٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٤] : (**والمنقلة : ما لا تبرأ إلا بنقل العظم**) قال في « الكفاية » : أي : يُنْقَل ما أزالته الجناية عن موضعه ليرد إلىٰ موضعه كما قال البندنيجي والماوردي[4] ، أو بنقله عن الرأس بالكلية كما دل عليه كلام « المختصر » فإنه قال : تكسره حتىٰ يتشظىٰ فينقل من عظمه ليلتئم[5] ، وعبارة « المنهاج » [ص ٤٧٥] : (**ومنقلة تنقله**) وعبارة « أصل الروضة » : وهي التي تنقل العظم من موضع إلىٰ موضع، ويقال: هي التي تكسر وتنقل، ويقال: هي التي تكسر العظم حتىٰ يخرج منها فراش العظام، والفراشة: كل عظم رقيق، وفراش الرأس عظام رقاق تلي القحف[6] .

٤٦٢٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧٥] : (**ولو أوضح في باقي البدن أو قطع بعض مارنٍ أو أذنٍ ولم يُبِنْهُ . . وجب القصاص في الأصح**) فيه أمور :

أحدها : أنه يقتضي أن الخلاف في ذلك وجهان ، وهو في « الروضة » وأصلها في الأخيرتين قولان وفي الأولىٰ وجهان[7] ، لكن نص في « الأم » و« المختصر » في الأولىٰ علىٰ إيجاب القصاص ، ومقتضىٰ كلام « الأم » أنه اتفاق[8] .

ثانيها : سيأتي من كلام شيخنا الإمام البلقيني أن الأكثرين علىٰ أنه لا قصاص في الأليتين وإن أوضح العظم ، قال : فيمكن استثناؤه من الإيضاح ، ويمكن ألاَّ يستثنىٰ ؛ لأنه ليس بإيضاح كامل ، ولانفراد الأليتين بحكم مستقل .

ثالثها : لا معنىٰ للتقييد بما إذا لم يُبِنْه ؛ فإنه لو أبانه . . وجب القصاص أيضاً بخلافٍ ، وعبر عنه في « الروضة » بقوله : **على الصحيح**[9] .

---

(١) انظر « الروضة » (٩/١٧٩) ، وقال الدكتور عبد العظيم الديب : (الصواب مع الإمام والغزالي ، وأهل اللغة يشهدون لهما لا للإمام النووي. . .) انظر حاشية « نهاية المطلب » (١٦/١٨٧) .

(٢) الصحاح (٣/١٢٠٩) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٤) ، و« المنهاج » (ص ٤٧٥) .

(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٢/٢٣٥) .

(٥) مختصر المزني (ص ٢٤٥) .

(٦) الروضة (٩/١٨٠) .

(٧) فتح العزيز (١٠/٢٠٩ ، ٢١٠) ، الروضة (٩/١٨٣) .

(٨) الأم (٦/٨) ، مختصر المزني (ص ٢٤٢) .

(٩) الروضة (٩/١٨٣) .

ولو بقي معلقاً بجلدة فقط . . وجب القصاص أو كمال ديته كما في « الروضة » وأصلها ؛ لأنه أبطل فائدة العضو ، ثم إذا انتهى القطع في القصاص إلىٰ تلك الجلدة . . حصل القصاص ، ثم يراجع أهل الخبرة في تلك الجلدة ، وتفعل مصلحته من قطع أو ترك[1] .

٤٦٢٦ـ قوله : (**ويجب في القطع من مفصل حتىٰ في أصل فخذٍ ومنكبٍ إن أمكن بلا إجافةٍ ، وإلا . . فلا على الصحيح**)[2] أطلق موضع الخلاف ، وهو مقيد بما إذا أجاف الجاني بقطعه من الفخذ أو المنكب ، وقال أهل النظر : يمكن أن يجاف مثل تلك الجائفة بلا زيادة ، كذا في « الروضة » وأصلها ، وفي « الروضة » : إن هـٰذا الوجه شاذ[3] ، وفيه نظر ؛ فقد حكاه في « النهاية » عن الأصحاب في الطرف[4] .

٤٦٢٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧٥] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٥٧٤] : (**وكذا أليان وشفران في الأصح**) فيه أمران :

أحدهما : نقل الإمام الاتفاق علىٰ أنه لا قصاص في الأليتين[5] ، وفي « التتمة » : إنه **المذهب** ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه **المعتمد** عند الأكثرين .

ثانيهما : أنه جعل الخلاف في الشفرين وجهين ، وقد نص في « الأم » علىٰ إيجابه[6] ، وجزم به « التنبيه »[7] .

٤٦٢٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧٥] : (**وله قطع أقرب مفصل إلىٰ موضع الكسر**) فيه أمور :

أحدها : قيده شيخنا الإمام البلقيني بأن يحصل بالكسر انفصال العضو ، قال : وقد ذكر بعده ما يدل عليه في قوله : (**ولو كسر عضده وأبانه**)[8] قال : فلو حصل الكسر من غير انفصال . . فليس له أن يقطع أقرب مفصل إلىٰ موضع الكسر ، لكن في « الحاوي » [ص ٥٧٠] : (**وأقرب مفصل بالهشم**) وشرحه في « التعليقة » بأنه لو هشم عظم ساعده أو ساقه . . قطع من الجاني اليد من الكوع ورجله من الكعب ، ولا يقطع من المرفق والركبة ، وتبعه القونوي ، وهو مخالف لما ذكره شيخنا من التقييد بانفصال العضو ، والله أعلم .

---

(١) فتح العزيز (١٠/ ٢١٣) ، الروضة (٩/ ١٨٣) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٥) .

(٣) فتح العزيز (١٠/ ١٢١٢) ، الروضة (٩/ ١٨٢) .

(٤) نهاية المطلب (١٦/ ١٨٦) .

(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٤٠٦ ، ٤٠٧) .

(٦) الأم (٦/ ٧٥) .

(٧) التنبيه (ص ٢٢٧) .

(٨) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٦) .

ثانيها : عبارته وعبارة « الحاوي » تقتضي أنه إذا كسر عظم العضد . . لا يمكن من قطع الكوع ، وسيأتي في « المنهاج » **تصحيح** الجواز ، لكن **صحح** شيخنا الإمام البلقيني مقابله كما سيأتي .

ثالثها : قد يفهم من قولهما : (**أقرب مفصل**)[1] أنه يعتبر إتحاده ، وليس كذلك ، فلو كسر العظم من نفس الكوع . . فله التقاط الأصابع وإن تعددت المفاصل كما جزم به في « الروضة » وأصلها[2] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وفيه نظر ، قال : ولو أراد أن يلقط الأنامل العليا أو التي قبلها . . فهل يجيء فيه الخلاف في العدول من المرفق إلى الكوع ، أم يقطع هنا بالمنع ؛ لأنه تعددت المفاصل ؟ ولنا مندوحة عن ذلك بأن يقطع من أصول الأصابع ، هـٰذا محتمل ، **والأرجح** : الأول .

٤٦٢٩ـ قول « المنهاج » فيما لو قطعه من كوع فالتقط أصابعه [ص ٤٧٦] : (**والأصح : أن له قطع الكف بعده**) كذا حكاه في « الروضة » وأصلها عن البغوي ، لكنه حكىٰ عن الإمام فيما لو قطع الجاني من المرفق فقطعه المجني عليه من الكوع ، ثم أراد بعده قطع المرفق . . أنّا لا نسعفه بذلك أصلاً ، قال : وجعله في « التهذيب » علىٰ وجهين ؛ أي : المتقدم ذكرهما ، قال الرافعي : ولا بد من التسوية بين الصورتين[3] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : **والأصح** : أنه لا يمكن من ذلك في الصورتين ، ويعضده أنه لو كسر الجاني العضد فقطعه المجني عليه من الكوع ثم أراد العود إلى المرفق . . لم يمكن منه جزماً .

٤٦٣٠ـ قوله فيما لو كسر عضده : (**فلو طلب الكوع . . مُكِّن في الأصح**)[4] قال في « المحرر » : إنه **رجح**[5] ، وحكاه في « الروضة » وأصلها عن البغوي[6] ، وقال في « الشرح الصغير » : إن مقابله أولاهما ، وقال في « الروضة » وأصلها : إن إيراد الروياني وغيره يشعر بترجيحه[7] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وما ذكره في « المحرر » و« المنهاج » أرجح .

٤٦٣١ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٩] : (**وإن كان لطمه حتىٰ ذهب الضوء . . فعل به مثل ذلك**)

---

(١) الحاوي (ص ٥٧٠) ، المنهاج (ص ٤٧٥) .

(٢) فتح العزيز (١٠/ ٢١٦) ، الروضة (٩/ ١٨٥) .

(٣) فتح العزيز (١٠/ ٢١٤، ٢١٥)، الروضة (٩/ ١٨٤)، وانظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٢٢١) ، و« التهذيب » (٧/ ١٠٨).

(٤) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٦) .

(٥) المحرر (ص ٣٩٤) .

(٦) فتح العزيز (١٠/ ٢١٥) ، الروضة (٩/ ١٨٤) ، وانظر « التهذيب » (٧/ ١٠٧) .

(٧) فتح العزيز (١٠/ ٢١٥) ، الروضة (٩/ ١٨٤) .

شرطه : أن تكون تلك اللطمة تذهب الضوء غالباً ؛ ولهٰذا قال « المنهاج » [ص ٤٧٦] : (**ولو لطمه لطمة تذهب ضوءه غالباً فَذَهَبَ . . لطمه مثلها**) وكذا حكاه الرافعي عن نص « الأم » ، ونسبه في « المهذب » إلىٰ بعض الأصحاب ، ثم قال : ويحتمل ألاَّ يقتص باللطمة ، واستحسنه الرافعي ، وجعله البغوي وجهاً **وصححه**[1] .

ثم محل القصاص بها : ما إذا ذهب من العينين ، فلو ذهب من إحداهما . . لم يلطم ؛ لاحتمال أن يذهب منهما ، وقول « المنهاج » [ص ٤٧٦] : (**فإن لم يذهب . . أُذهِبَ**) أي : إن أمكن ، وإلا . . أخذت الدية ، وصرح به « التنبيه »[2] .

٤٦٣٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧٦] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٥٥٩] : (**والسمع كالبصر يجب القصاص فيه بالسراية**) حكاه في « أصل الروضة » عن تصحيح الإمام نقلاً ومعنىٰ[3] ؛ ونص الشافعي علىٰ خلافه فقال : ولا قود في ذهاب السمع ؛ لأنه لا يُوصَّل إلى القود فيه[4] ، حكاه عنه شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : هو **المعتمد** ، وبه جزم في « المهذب » ، ولا توقف فيه[5] .

٤٦٣٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧٦] : (**وكذا البطش والذوق والشم في الأصح**) و« الحاوي » [ص ٥٦٤] : (**والحواس والبطش**) قال شيخنا الإمام البلقيني : **الأصح** في الثلاثة : أنه لا قصاص فيها ؛ لأنه لا مقر لها ولا حد لها يوقف عليه ، فهي كالسمع الذي نص علىٰ أنه لا قصاص فيه ، وجزم في « المهذب » بأنه لا قصاص في الشم ، وهٰذا واضح لا توقف فيه . انتهىٰ[6] .

وقال الإمام : ولا يبعد إلحاق الكلام بالحواس ، فيكون أولىٰ من البطش[7] .

❊ ❊ ❊

---

(١) فتح العزيز (١٠/٢١٨ ، ٢١٩) ، وانظر « الأم » (٦/٧) ، و« المهذب » (٢/١٨٧) ، و« التهذيب » (٧/٩٥) .
(٢) التنبيه (ص ٢١٩) .
(٣) الروضة (٩/١٨٦) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٦/٢٠٨) .
(٤) انظر « الأم » (٦/٦٨) .
(٥) المهذب (٢/١٨٠) .
(٦) المهذب (٢/١٨٠) .
(٧) انظر « نهاية المطلب » (١٦/٢٠٨) .

بابُ كيفيّة القصاص ومستوفيه والاختلاف فيه

٤٦٣٤ـ قال شيخنا الإمام البلقيني : الترجمة غير مطابقة للمذكور في الباب ، والمطابق له (باب المماثلة في القصاص ومستوفيه والاختلاف بين الجاني وخصمه) .

قلت : كيفية المماثلة فيه والاختلاف فيه إنما يكون بين الجاني وخصمه ، فكلا العبارتين مؤد للغرض ، والله أعلم .

٤٦٣٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧٧] : (**ولا زائدٌ بزائدٍ في محلٍّ آخر**) مفهومه : قطعه به إذا كان في محله ، ويستثنىٰ منه : ما إذا كانت زائدة الجاني أتمّ ؛ بأن يكون لها ثلاث مفاصل ولزائدة المجني عليه مفصل أو مفصلان ، فلا يقطع بها ؛ لأنه أعظم من تفاوت المحل .

قال في « أصل الروضة » : نقلوه عن النص[١] .

٤٦٣٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٦] : (**ولا زائد بأصلي**) محله : ما إذا لم يكن في محل الأصلي ، فإن كان في محله . . أخذ به من غير أرش .

٤٦٣٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧٧] : (**ولا يضر تفاوت كِبَرٍ وطولٍ وقوةِ بطشٍ في أصليٍّ ، وكذا زائدٌ في الأصح**) يستثنىٰ منه : ما إذا كانت أصابع إحدىٰ يديه وكفها أقصر من الأخرىٰ . . فلا قصاص في القصيرة إذا قطعها صاحب اليد المستوية مع الأخرىٰ ؛ لأنها ناقصة ، وفيها دية ناقصة حكومة ، حكاه في « أصل الروضة » عن البغوي ، وأقره[٢] .

قولهم : (**بوجوب القصاص في الموضحة**)[٣] محله : ما إذا كان علىٰ رأس المجني عليه الجناية شعر ، فإن لم يكن . . لم يُمَكَّنْ من القصاص ؛ لما فيه من إتلاف شعر لم يتلفه الجاني ، نص عليه في « الأم »[٤] ، واقتصر عليه في « الروضة » وأصلها[٥] ، لكن ذكر الماوردي : أنا نحلق موضع الشجة من رأس الجاني قبل إيضاحها سواء كان علىٰ رأس المجني عليه شعر أم لم يكن[٦] ، وظاهر نصه في « المختصر » يدل عليه[٧] .

قال ابن الرفعة : وطريق الجمع بين النصين : أن يحمل الأول علىٰ ما إذا كان عدم الشعر برأس

---

(١) الروضة (٩/١٨٩) .

(٢) الروضة (٩/٢٠٣) ، وانظر « التهذيب » (٧/١١٢) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢١٥) ، و« الحاوي » (ص ٥٦١) ، و« المنهاج » (ص ٤٧٧) .

(٤) الأم (٦/٦٤) .

(٥) فتح العزيز (١٠/٢٢٦) ، الروضة (٩/١٩٢) .

(٦) انظر « الحاوي الكبير » (١٢/١٧١) .

(٧) مختصر المزني (ص ٢٤٢) .

المشجوج لفساد منبته ، والآخر علىٰ ما إذا لم يكن لأجل ذلك ، بل كان محلوقاً .

٤٦٣٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧٧] : (**ولو زاد المقتص في موضحة علىٰ حقه . . لزمه قصاص الزيادة**) محله : ما إذا لم تكن الزيادة باضطراب المقتص منه ، فإن كانت باضطرابه . . فلا ضمان ، فلو قال : تولدت باضطرابك ، وأنكر . . ففي المصدق منهما وجهان بلا ترجيح في « الروضة »[١] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : **الأرجح** : تصديق المقتص منه ، ثم إنه إنما يقتص في الزيادة بعد اندمال موضحته التي في رأسه .

٤٦٣٩ـ قوله : (**ولو أوضحه جمعٌ . . أوضح من كل واحد مثلها ، وقيل : قِسْطُهُ**)[٢] فيه أمور :

أحدها : كان ينبغي التعبير بقوله : (ولو اشترك جمع في موضحة) لصدق عبارته بما إذا انفرد كل واحد بإيضاح جزء ، ولا خلاف هنا في إيضاح كل بقدر موضحته .

ثانيها : محل الوجه بالقسط : ما إذا أمكن ، وإلا . . تعين الأول ، ذكره شيخنا الإمام البلقيني بحثاً ، وهو واضح .

ثالثها : مقتضاه : أن الخلاف وجهان ، وكذا في « المحرر »[٣] ، وهو في « الروضة » وأصلها احتمالان للإمام بلا ترجيح ، ونقلا عن البغوي القطع بالأول[٤] ، وحكىٰ شيخنا الإمام البلقيني الأول عن نص « الأم »[٥] .

رابعها : قد يتوهم منه ترجيح أنه إذا آل الأمر للدية . . وجب علىٰ كل واحد دية موضحة كاملة ، وهو الذي **رجحه** الإمام ، لكن الذي قطع به البغوي إيجاب القسط ، وصوبه شيخنا الإمام البلقيني ، وحكاه عن قطع الماوردي ، وقال : إنه مقتضىٰ نص « الأم » فإنه جعله كالنفس ، والنفس لا تتعدد ديتها فكذلك الموضحة ، ووقع في « الروضة » عن كل من الإمام والبغوي عكس ما نقلناه عنه ، وهو غلط ، وذكره الرافعي على الصواب .

٤٦٤٠ـ قولهما : (**ولا تقطع صحيحة بشلاء**)[٦] محمول على اليد والرجل ، أما الذَّكر . . فقد صرحا به بعد ذلك ، وأما الأنف والأذن . . **فأصح** القولين : أنه يؤخذ الصحيح منهما بالمستحشف ، وهو الأشل ، وقد ذكره في « التنبيه »[٧] ، لكن نازع فيه شيخنا الإمام البلقيني

---

(١) الروضة (٩/١٩١) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٧) .
(٣) المحرر (ص ٣٩٥) .
(٤) فتح العزيز (١٠/٢٢٦)، الروضة (٩/١٩١) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٢٠٠ ، ٢٠١) ، و« التهذيب » (٧/٢٧).
(٥) الأم (٦/٢٢ ، ٢٣) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ٢١٦) ، و« المنهاج » (ص ٤٧٧) .
(٧) التنبيه (ص ٢١٦) .

وقال : إنه غير معتمد ، قال : **والصحيح** في (الديات) : أنه إذا جنىٰ علىٰ أذن فاستحشفت . . لزمته ديتها ، وإن قطع مستحشفة . . لزمته حكومة ، فكيف يستقيم أخذ الصحيحة بها ؟ ويرد ذلك على « المنهاج » بتقدير العموم في كلامه علىٰ مقتضىٰ تصحيح « الروضة » و« التنبيه »[1] ، والله أعلم .

واعلم : أنه يستثنىٰ من ذلك أيضاً : ما إذا كانت النفس مستحقة الإزهاق للمجني عليه . . فلا منع حينئذ من أخذ الصحيحة بالشلاء ولا الشلاء بالصحيحة وإن لم تنحسم العروق ، ويطرد ذلك في جميع صور رعاية المماثلة في الأطراف ، فتؤخذ حينئذ كاملة الأصابع بناقصتها أو فاقدتها ، ذكره الرافعي في كيفية المماثلة[2] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وخرجت علىٰ ذلك أنه تقطع اليمين باليسار إذا كان فاقد اليسار ، قال : وقد يتوقف في هـٰذا ، **والأرجح** : المنع .

٤٦٤١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧٧] : (**فلو فعل . . لم يقع قصاصاً ، بل عليه ديتها ، فلو سرىٰ . . فعليه قصاص النفس**) محله : ما إذا لم يأذن الجاني ، فإن أذن في قطعها فسرىٰ إلى النفس . . فلا قصاص في النفس ، ثم إن كان الجاني قال : (اقطع) وأطلق . . كان القاطع مستوفياً ، ولا شيء عليه ، وإن قال : (اقطعها عوضاً عن يدك أو قصاصاً) . . فوجهان ، قطع البغوي بأن عليه نصف الدية وله الحكومة ؛ لأنه لم يبذلها مجاناً ، والثاني : لا شيء على المجني عليه ، وكأن الجاني أدى الجيد عن الرديء وقبضه المستحق ، كذا في « الروضة » وأصلها[3] .

لكن قال شيخنا الإمام البلقيني : **الصواب** إجراء الخلاف في الصور الثلاث ، **والأصح فيها** : أنه لا يقع قصاصاً .

٤٦٤٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٦] : (**وتؤخذ الشلاء بالصحيحة**) قال في « المنهاج » [ص ٤٧٨] : (**إلا أن يقول أهل الخبرة : « لا ينقطع الدم »**) .

٤٦٤٣ـ قوله : (**والصحيح : قطع ذاهبة الأظفار بسليمتها**)[4] يقتضي جريان خلاف فيه ، ولا وجه له ، ولم يحكه غيره ، وعبارة « المحرر » : (والظاهر أن سليمة الأظفار لا تقطع بالتي لا أظفار لها وتقطع هي بالسليمة)[5] فلزم من تقديم « المنهاج » الثانية على الأولىٰ هـٰذا الخلل ،

---

(١) التنبيه (ص ٢١٦) ، الروضة (٩/١٩٥ ، ١٩٦) .
(٢) فتح العزيز (١٠/٢٧٩) .
(٣) فتح العزيز (١٠/٢٢٧) ، الروضة (٩/١٩٣) ، وانظر « التهذيب » (٧/١٠٨ ، ١٠٩) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٨) .
(٥) المحرر (ص ٣٩٥) .

والأقيس كما قال شيخنا الإمام البلقيني : أن له حكومة الأظفار ، قال : ولم أر من تعرض له .

٤٦٤٤ـ قوله : (**دون عكسه**)[١] حكاه الرافعي عن العراقيين وغيرهم ، ونسب إلى النص[٢] ، وقال الإمام علىٰ سبيل الاحتمال : **القياس** جريان القصاص وإن عدمت الأظفار[٣] ، وجزم به في « الوجيز »[٤] ، وترك المنقول الظاهر .

وحكىٰ شيخنا الإمام البلقيني النص عن « الأم » ، ولفظه : (وإذا قطع الرجل أنملة الرجل ولا ظفر للمقطوع أنملته فسأل القصاص . . لم يكن له ذلك)[٥] فكان ينبغي أن يقول : (على النص) ، وتعبير « المنهاج » بـ (**ذاهبة الأظفار**) كتعبير « الوسيط » بـ (مقلوعة الأظفار)[٦] ومقتضاه : زوالها بعد وجودها .

قال في « المطلب » : ولفظ النص : (وإن لم يكن له أظفار) وفيه تخريج الإمام ، ولا يلزم من إجراء القصاص في التي لم يخلق لها أظفار إجراؤه في التي خلقت أظفارها وأزيلت ، ويشهد له التفرقة بين قلة البطش من أصل الخلقة وبالجناية ، قال : نعم ؛ حكى القاضي الحسين في « تعليقه » النص في حالة قلع الأظفار .

قلت : وقد قدمت لفظ النص : (ولا ظفر للمقطوع) وهو صادق بما إذا كان فقده أصلياً وعارضاً ، والظاهر أنه لا فرق ، والله أعلم .

٤٦٤٥ـ قوله : (**وفي قلع السن قصاصٌ ، لا في كسرها**)[٧] حكاه الرافعي عن البغوي وغيره ، قال : وحكى ابن كج عن نصه في « الأم » أنه إذا كسر بعض سنه وقال أهل الخبرة : يمكن استيفاؤه بلا زيادة ولا صَدْع في الباقي . . اقتص منه ، وقطع به في « المهذب » . انتهىٰ[٨] .

وحكاه في « الكفاية » عن الماوردي أيضاً ، وحكىٰ شيخنا الإمام البلقيني هـٰذا النص في « الأم » ، ولفظه : (وإذا كسر الرجل من الرجل من نصفها . . سألت أهل العلم ؛ فإن قالوا : يقدر علىٰ كسرها من نصفها بلا إتلاف لبقيتها ولا صدع . . أحد ، وإن قالوا : لا يقدر علىٰ ذلك . . لم أحده)[٩] ، قال شيخنا : وهـٰذا هو الثابت عن رسول الله صلى الله وسلم في قصة الرُّبَيِّع لما كسرت

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٨) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٢٢٨ ، ٢٢٩) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٢٥٢) ، وانظر تعليق الدكتور عبد العظيم الديب حاشية (٦) .
(٤) الوجيز (٢/ ١٣٥) .
(٥) الأم (٦/ ٦٣) .
(٦) الوسيط (٦/ ٢٩٥) .
(٧) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٨) .
(٨) فتح العزيز (١٠/ ٢٣٣) ، وانظر « الأم » (٦/ ٦٣) ، و« التهذيب » (٧/ ١٠٢) ، و« المهذب » (٢/ ١٨٠) .
(٩) الأم (٦/ ٦٣) .

ثنية امرأة . . فأمر عليه الصلاة والسلام بكسر ثنيتها[1] ، **والمذهب** : القطع به .

٤٦٤٦ـ قولهم ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**فإن قلع سن صغير لم يثغر . . لم يجز أن يقتص حتىٰ يؤيس من نباتها**)[2] أورد عليه شيخنا الإمام البلقيني أمرين :

أحدهما : لو قلعها استصلاحاً لا جناية ثم بان فساد المنبت . . لم يجب القصاص ؛ لأنه منزل منزلة الخطأ ، ولا قصاص في خطأ ولا شبه عمد .

ثانيهما : أن مقتضاه : أنها لو عادت ناقصة . . لا قصاص ، لكن إذا قلنا بإيجاب القصاص في كسر السن ـ وهو النص كما تقدم ـ . . اقتص هنا فيما زاد علىٰ قدر الناقصة إن أمكن ، ويشترط في القصاص في السن شروط :

أحدها : ألاَّ تصل في الصغر إلىٰ حد تبطل به منفعتها بحيث لا تصلح للمضغ ، فالتي هي كذلك . . لا تقلع بها سن فيها منفعة .

ثانيها : ألاَّ يكون فيها نقص ينقص به أرشها ؛ كأن يكون ثناياه كرباعيته أو انقص أو إحدىٰ ثنيتيه أنقص من أختها . . فلا تقلع بها سن ليست كذلك ، بناءً علىٰ أنه لا يكمل فيها الأرش ، وهو قول الأكثرين .

ثالثها : ألاَّ تكون مضطربة اضطراباً شديداً بهرم أو مرض أو جناية غير القالع . . فلا يقلع بها إلا مثلها .

رابعها : أن يكون السن التي يقتص منها مثغورة ، فلو قلع بالغ لم يثغر سن مثغور بالغ . . فقال شيخنا الإمام البلقيني : قواعد المذهب تقتضي عدم القصاص ؛ لأنها ليست عضو قصاص ، والمنقول في « أصل الروضة » عن ابن كج : تخيير المجني عليه بين الأرش والقصاص بلا أرش ، وعن أبي الفرج الزاز ، التخيير بين القصاص في الحال بشرط أنه لا حق له فيما يعود وبين الصبر إلىٰ أن يصير مثغوراً[3] ، قال شيخنا : والتحقيق أنه ليس له سوى الأرش ؛ لعدم المماثلة .

فإن سقطت ونبتت أخرىٰ قبل أخذ الأرش . . فهل له القصاص لحصول التساوي أم لا لعدم وجوبه حالة الجناية ؟ يحتمل تخريجه على الخلاف فيما لو قطع يد شلاء ثم شلت يده ، **والأرجح** فيها : ثبوت القصاص ، ويحتمل الفرق بأن اليد كانت هناك موجودة ولكن تبدلت صفتها ، ويحتمل أن تكون هـٰذه أولىٰ بالقصاص من صورة الشلل . انتهىٰ .

وقول « المنهاج » [ص ٤٧٨] : (**ولا يُستوفىٰ له في صغره**) غير محتاج إليه ؛ فسيأتي في قوله

---

(١) انظر « صحيح البخاري » (٢٥٥٦) ، و« صحيح مسلم » (١٦٧٥) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢١٩) ، و« الحاوي » (ص ٥٦١) ، و« المنهاج » (ص ٤٧٨) .

(٣) الروضة (٩/٢٠١) .

(**ويُنتظر غائبهم وكمال صبيهم**)[1] فلو مات قبل بلوغه . . اقتص وارثه في الحال ، ولو مات قبل اليأس وقبل تبين الحال . . فلا قصاص ، وفي الدية وجهان .

٤٦٤٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٦] : (**ولا تؤخذ كاملة الأصابع بناقصة الأصابع**) قد يفهم منع القصاص وتعين الدية ، وليس كذلك ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٤٧٨] : (**ولو قطع كاملٌ ناقصةً ؛ فإن شاء المقطوع . . أخذ دية أصابعه الأربع ، وإن شاء . . لقطها**) .

٤٦٤٨ـ قوله : (**والأصح : أن حكومة منابتهن تجب إن لقط لا إن أخذ ديتهن**)[2] موافق لتعبير « الروضة » في الحالة الأولىٰ بالأصح ، لكنه مخالف لتعبيره في الثانية بالصحيح[3] ، ونص الشافعي على الحالة الأولىٰ ؛ فكان ينبغي التعبير فيها بالنص .

٤٦٤٩ـ قوله : (**وأنه تجب في الحالين حكومة خمس الكف**)[4] أي : حالة اللقط وحالة أخذ الدية ، والذي في « الروضة » وأصلها الجزم في الأولىٰ بالوجوب والتعبير في الثانية بالصحيح[5] .

وحكىٰ شيخنا الإمام البلقيني عن نص « الأم » إيجاب الحكومة بالنسبة لجميع الكف[6] ، ونازع شيخنا في إيجاب حكومة خمس الكف ، وقال : الواجب خمس الحكومة لا حكومة الخمس ؛ لأن حكومة خمس الكف أقل من خمس الحكومة ، والواجب في صورة اللقط حكومة كاملة أربعة أخماسها عن منبت أصابعه التي قطعت من المجني عليه ، ووقع في « المحرر » و« الروضة » وأصلها حكومة خمسها الذي يقابل منبت أصبعه الباقية[7] ، قال شيخنا : وهو وهم ، **والصواب** : منبت أصبعه الثانية ؛ لأن الحكومة تجب لحق المجني عليه ، والنظر إلىٰ كفه لا إلىٰ كف الجاني ، وأما في صورة أخذ الدية . . فقد دخلت أربعة أخماس الحكومة في دية الأصابع الأربع ، فبقي له خمس الحكومة .

٤٦٥٠ـ قوله : (**ولو قطع كفاً بلا أصابع . . فلا قصاص إلا أن تكون كفه مثلها**)[8] إن حمل علىٰ حالة الجناية ؛ اقتضىٰ أنه لو سقطت أصابع الجاني بعد الجناية . . لم يقطع كفه ، وليس كذلك ؛ **فالمذهب** : ثبوت القصاص ، وإن حمل قوله : (**يكون**) علىٰ تصير . . أمكن ، ويؤخذ منه ما وجد كذلك بطريق الأولىٰ ، لكنه بعيد .

---

(١) المنهاج (ص ٤٧٩) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٨) .
(٣) الروضة (٩/٢٠٢) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٨) .
(٥) الروضة (٩/٢٠٢) .
(٦) الأم (٦/٥٣) .
(٧) المحرر (ص ٣٩٦) ، فتح العزيز (١٠/٢٣٩) ، الروضة (٩/٢٠٢) .
(٨) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٨) .

٤٦٥١ـ قوله : (**ولو قطع فاقد الأصابع كاملها . . قطع كفه وأخذ دية الأصابع**)[١] في « أصل الروضة » أن ابن كج حكاه عن النص[٢] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : لم أقف عليه منصوصاً ، والتحقيق : أنه لا يأخذ دية الأصابع كاملة ، بل يأخذها ناقصة حكومة الكف ويقطع الكف ؛ لئلا يؤدي إلىٰ أخذ زيادة علىٰ ما يستحقه ؛ فإن دية الأصابع تستتبع الكف .

٤٦٥٢ـ قوله : (**ولو شلت إصبعاه فقطع يداً كاملة ؛ فإن شاء . . لقط الثلاث السليمة وأخذ دية إصبعين**)[٣] يقتضي الاكتفاء بذلك مع أنه بقي له ثلاثة أخماس حكومة الكف ، وقد يفهم ذلك مما تقدم فيما لو قطع كامل ناقصة .

فصل

[في الاختلاف]

٤٦٥٣ـ قول « التنبيه » في (باب الدعوىٰ والبينات) [ص ٢٦٢] : (**وإن قطع ملفوفاً فادعى الولي أنه قتله وادعى الضارب أنه كان ميتاً . . ففيه قولان ، أصحهما : أن القول قول الضارب**) **الأصح** : تصديق الولي ، وعليه مشى « المنهاج »[٤] ، وفيه أمور :

أحدها : قد يفهم من ترجيح تصديق الولي إيجاب القصاص ، وقد قال النووي من زيادته : تجب الدية دون القصاص ، ذكره المحاملي والبغوي ، وقال المتولي : هو على الخلاف في استحقاقه بالقسامة[٥] ، **والأصح** فيه : المنع ، لكنه ذكر في « أصل الروضة » في آخر (باب الشهادة على الدم) نفي القصاص عن الشيخ أبي حامد ، وإيجابه عن السرخسي والقاضي أبي الطيب وغيرهما[٦] ، وذلك يفهم نقل إيجاب القصاص عن الأكثرين ، **ورجحه** شيخنا الإمام البلقيني تفريعاً علىٰ هـٰذا القول .

ثانيها : **رجح** شيخنا الإمام البلقيني تصديق الجاني ، وحكىٰ عن الماوردي أن الربيع تفرد بنقل مقابله ، وعن القاضي أبي الطيب أنه نسبه للقديم ، قال : وممن صحح تصديق الجاني الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والشيخ أبو إسحاق في « التنبيه » والروياني ، قال : ولم أجد في

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٨) .
(٢) الروضة (٩/٢٠٣) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٨) .
(٤) المنهاج (ص ٤٧٩) .
(٥) الروضة (٩/٢١٠) .
(٦) الروضة (١٠/٤١) .

تصنيف من الطريقين تصحيح ما صححه الرافعي والنووي .

ثالثها : قال شيخنا الإمام البلقيني : محل الخلاف : فيما إذا عُهدت للملفوف حياة ، وإلا . . فالمصدق الجاني قطعاً كالسقط .

رابعها : ظاهر قول « المنهاج » [ص ٤٧٩] : (**بيمينه**) الاكتفاء بيمين واحدة ، وبه صرح ابن الصباغ ، وليس كذلك ، بل لا بد من خمسين يميناً ، قاله شيخنا الإمام البلقيني .

٤٦٥٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٧] : (**وإن اختلفا في الشلل ؛ فإن كان ذلك في عضو ظاهر . . فالقول قول الجاني ، وإن كان في عضو باطن . . فالقول قول المجني عليه ، وقيل : فيهما قولان**) محل تصديق الجاني في العضو الظاهر : إذا أنكر أصل السلامة ، فإن ادعىٰ حدوث الشلل . . فالقول قول المجني عليه أيضاً ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٤٧٩] : (**فالمذهب : تصديقه إن أنكر أصل السلامة في عضو ظاهر ، وإلا . . فلا**) وأورد عليه شيخنا الإمام البلقيني : أن **الراجح** في المسألة طريقة القولين ، إلا في تصديق الجاني في إنكار أصل السلامة في عضو ظاهر ؛ فإن **الأصح** : القطع به ، فتصديق المجني عليه في حدوث النقص وفي العضو الباطن ليس مقطوعاً به ، وإنما هو علىٰ **أصح القولين** ، ولا يرد ذلك عليه ؛ لأن تعبيره بالمذهب لا يدل علىٰ ترجيح طريقة القطع بما ذكره ، وإنما يدل علىٰ أن في المسألة طريقين أو طرقاً في الجملة ، والله أعلم .

٤٦٥٥ـ قوله : (**أو يديه ورجليه فمات وزعم سراية ، والولي اندمالاً ممكناً أو سبباً . . فالأصح : تصديق الولي**)[1] فيه أمور :

أحدها : كان ينبغي التعبير بالنص دون **الأصح** ؛ فإنه المنصوص في « الأم » و« المختصر »[2] .

ثانيها : أنه لم يتعرض ليمين الولي ، وقد قطع الأكثرون باعتبارها ، وذكر ابن الصباغ والروياني وغيرهما أنه إن مضت مدة طويلة لا يمكن أن تبقى الجراحة فيها غير مندملة . . فالقول قوله بلا يمين ، وإن أمكن الاندمال وعدمه . . فلا بد من يمين .

قال الرافعي : ويشبه أن يقال : ليس لمدة الاندمال ضبط ، وقد تبقى الجراحة سنين ، فلا بد من اليمين ، وهو الذي في « التهذيب » وغيره[3] ، وأسقط في « الروضة » هـٰذا البحث .

ثالثها : أن محل تصديقه فيما إذا ذكر سبباً : ما إذا عينه أو لم يعينه وأمكن الاندمال في المدة ، فإن لم يعينه ولا أمكن الاندمال . . لم يصدق ، قاله الصيدلاني ، وكلام الإمام يقتضي ترجيحه[4] .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٩) .

(٢) الأم (٦/ ٧١) ، مختصر المزني (ص ٢٤٣) .

(٣) فتح العزيز (١٠/ ٢٥١ ، ٢٥٢) ، وانظر « التهذيب » (٧/ ١٢٢) .

(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٢٨٤ ، ٢٨٥) .

رابعها : قال شيخنا الإمام البلقيني : **الأصح المعتمد** : أنه إذا ادعىٰ سبباً غير الاندمال وعينه . . أن القول قول الجاني ؛ لأن الأصل عدمه ، ويحمل نص « المختصر » : (وقال الولي : مات من غيرهما) على الاندمال كما هو مقتضىٰ نص « الأم » ، قال : فإن لم يعين السبب وأمكن الاندمال . . ففيه تردد ، **والأرجح** : تصديقه كدعوى المودع التلف مطلقاً ؛ فإنه يحمل على الخفي ويحلف .

٤٦٥٦ـ قوله : (**وكذا لو قطع يده وزعم سبباً والولي سراية**)[١] فيه أمران :

أحدهما : يستثنىٰ من كلامه : ما إذا كان السبب الذي ادعاه الجاني هو الاندمال مع إمكانه . . **فالأصح** : تصديقه ، وكأنه أراد بالسبب غير الاندمال الممكن ؛ لعطفه عليه في المسألة قبلها .

ثانيهما : أن مقتضاه : تصديق الولي ، وهو **الأصح في** « أصل الروضة »[٢] ، ولم يحكِ الرافعي تصحيحه إلا عن البغوي[٣] ، وهو مشكل بما تقدم من تصحيح تصديق الولي في قطع اليدين والرجلين ، فقياسه : تصديق الجاني هنا ؛ لأن الأصل عدم وجوب الزيادة التي يدعيها الولي ، وأما علىٰ ما صححه شيخنا الإمام البلقيني هناك من تصديق الجاني . . فقياسه هنا : تصديق الولي ، قال شيخنا المذكور : فإن كان السبب مطلقاً وأمكن الاندمال . . فالقول قول الجاني بيمينه علىٰ ما سبق في الصورة قبلها .

٤٦٥٧ـ قول « الحاوي » [ص ٥٦٣] : (**وإن حلف أنه بعد الاندمال . . فأرشان**) أي : وإن أوضحه موضحتين وحلف المجني عليه أن الجاني رفع الحاجز بعد الاندمال . . وجب على الجاني أرشان ، ومحله : ما إذا مضت مدة يمكن فيها ذلك ، فإن لم يمكن . . فالمصدق الجاني بيمينه ، وقد ذكر ذلك « المنهاج » ، لكنه عبر عنه بقوله [ص ٤٧٩] : (**ولو أوضح موضحتين ورفع الحاجز وزعمه قبل اندمال . . صُدق إن أمكن ، وإلا . . حُلِّف الجريح وثبت أرشان**) فوضع التقييد بالإمكان في غير موضعه ، وإنما يحتاج إليه في الحالة الثانية ، وهي دعوى المجني عليه : أَنَّ رفعه بعد الاندمال . . فيصدق إن أمكن ذلك ، وإنما يقال في الحالة الأول : صُدق إن لم يمكن الاندمال .

وعبارة « أصل الروضة » : قال الأصحاب : إن قصر الزمان . . صدق الجاني بيمينه[٤] .

واستشكله شيخنا الإمام البلقيني بأنه إن كان المراد : ما إذا لم يمكن الاندمال . . فلا معنىٰ للتحليف ، بل يصدق بلا يمين ، وإن كان مع إمكان الاندمال . . أشكل بما تقدم تصحيحه في صورة قطع اليدين والرجلين من تصديق الولي .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٩) .

(٢) الروضة (٩/٢١٢) .

(٣) فتح العزيز (١٠/٢٥٢) ، وانظر « التهذيب » (٧/١٢٢) .

(٤) الروضة (٩/٢١٣) .



[ثبوت حق القصاص للوارث]

٤٦٥٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧٩] : (**الصحيح : ثبوته لكل وارث**) فيه أمور :

أحدها : أن محل الخلاف : في قصاص النفس ، أما قصاص الطرف : إذا مات مستحقه . . فإنه يثبت لجميع الورثة قطعاً ، قال شيخنا الإمام البلقيني : ويحتمل جريان الخلاف الذي في النفس ، لكن لم يذكروه .

ثانيها : كان ينبغي التعبير بالمنصوص ؛ فقد نص عليه في كتبه كلها .

ثالثها : لو قال : (لجميع الورثة) . . لكان أولىٰ ؛ لإفهام عبارته ثبوت كل القصاص لكل وارث ، وليس كذلك .

رابعها : قد يثبت القصاص لغير وارث ، وذلك فيما إذا ارتد المجروح ومات بالسراية . . **فالأظهر** : وجوب القصاص في الجرح ، ويستوفيه قريبه المسلم ، فيستثنىٰ ذلك من كلامه إن حمل كلامه على النفس والطرف .

خامسها : محل ذلك : في غير قطع الطريق ، فأما فيه . . فالقصاص متحتم بشرطه ، وهو متعلق بالإمام دون الورثة .

٤٦٥٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧٩] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٥٦٩] : (**ويُنتظر غائبهم وكمال صبيهم ومجنونهم ، ويحبس القاتل ولا يُخلىٰ بكفيل**) و« التنبيه » [ص ٢١٧] : (**وإن كان القصاص لصبي أو معتوه . . حبس القاتل حتىٰ يبلغ الصبي ويفيق المعتوه**) محله : في غير قاطع الطريق كما تقدم .

٤٦٦٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٧] : (**فإن كان الصبي أو المعتوه فقيرين محتاجين إلىٰ ما ينفق عليهما . . جاز لوليهما العفو على الدية**) صحح في « الروضة » وأصلها في (كتاب اللقيط) : أنه لا يجوز لولي الصبي ، بخلاف المعتوه ، ولم يذكراها هنا ، بل أحالاها على المذكور هناك ، وإطلاق الولي يشمل الوصي ، والمنقول عن الجويني فيه المنع ، وجعل « التنبيه » الخلاف فيما إذا كانا محتاجين ، وجعله الرافعي مع الغنىٰ ، فأما مع الفقر . . فيجوز قطعاً[١] .

٤٦٦١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٧٩] : (**وليتفقوا علىٰ مستوف**) شرطه : أن يكون غير كافر فيما إذا كان المقتول مسلماً .

٤٦٦٢ـ قوله : (**وإلا . . فقرعة**)[٢] أي : عند التنازع ، ومحله : ما إذا كان القصاص بجارح أو

---

(١) فتح العزيز (٦/ ٤١٠) ، الروضة (٥/ ٣٤٦) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٩) .

مثقل يحصل باجتماعهم عليه زيادة تعذيبه ، فإن كان بإغراق أو تحريق أو رمي صخرة عليه . . فللورثة الاجتماع عليه ، ولا حاجة لقرعة .

وقد يفهم منه أن من خرجت له القرعة . . استبد بالاستيفاء ، وليس كذلك ، بل **الصحيح** : أنه لا بد من إذن الباقين ؛ لأن القصاص مبني على الإسقاط ، بخلاف من خرجت له القرعة في التزويج . . فإنه لا يحتاج لإذن الباقين .

٤٦٦٣ـ قوله : (**يدخلها العاجز**)[١] تبع فيه « المحرر » فإنه قال : إنه **الأظهر**[٢] ، ونقل في « الشرح » **تصحيحه** عن البغوي ، **وتصحيح** مقابله عن ابن كج وأبي الفرج والإمام[٣] ؛ فلذلك نقل في « أصل الروضة » **تصحيح** عدم دخوله عن الأكثرين[٤] ، **وصححه** في « الشرح الصغير » ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٥٦٩] : (**ويقرع للقادرين**) ونص عليه في « الأم »[٥] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : **هو المعتمد في الفتوىٰ** .

٤٦٦٤ـ قولهما ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**ولو بدر أحدهم فقتله . . فالأظهر : لا قصاص**)[٦] لمحل الخلاف شروط :

أحدها : أن يكون عالماً بتحريم القتل ، فإن جهل . . فلا قصاص قطعاً كما في « الروضة » وأصلها[٧] ، لكن مال شيخنا الإمام البلقيني إلىٰ جريانه مع الجهل بالترتيب ، وأولىٰ بعدم الوجوب ؛ قال : وكلام الإمام ظاهر فيه[٨] ، وعلىٰ إطلاق الخلاف جرىٰ أكثر المصنفين ، ويدل له جريان قول مخرج في الوكيل بجريان القصاص إذا قتل بعد عفو الموكل جاهلاً بذلك .

ثانيها : ألاَّ يحكم حاكم بمنع المبادر من القود ، فإن قتله بعد الحكم بذلك . . وجب القود قطعاً .

ثالثها : أن لا يحكم حاكم باستقلاله بالقود ، فإن حكم له بذلك حاكم . . فلا قود عليه قطعاً ، وفي كلام الماوردي ما يقتضي إجراء الخلاف في الصورتين معاً[٩] ، وهو مردود ، قاله شيخنا الإمام البلقيني .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٤٧٩) .
(٢) المحرر (ص ٣٩٧) .
(٣) فتح العزيز (١٠/٢٥٧) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٦/١٤٧) ، و« التهذيب » (٧/٢٨ ، ٢٩) .
(٤) الروضة (٩/٢١٥) .
(٥) الأم (٦/٢٠) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ٢١٧) ، و« المنهاج » (ص ٤٧٩) .
(٧) فتح العزيز (١٠/٢٥٨) ، الروضة (٩/٢١٦) .
(٨) انظر « نهاية المطلب » (١٦/١٤٩ ، ١٥٠) .
(٩) انظر « الحاوي الكبير » (١٢/١٢١) .

٤٦٦٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٧] : (**وممن يأخذ ؟ فيه قولان ، أحدهما : من أخيه المقتص ، والثاني : من تركة الجاني**) **الأظهر** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[١] .

٤٦٦٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٧] : (**وإن عفا أحدهما ثم اقتص الآخر قبل العلم بالعفو أو بعد العلم وقبل الحكم بسقوط القود . . ففيه قولان ، أحدهما : أنه يجب القود ، والثاني لا يجب**) **الأظهر** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج » ، لكنه عبر عن المرجوح بقوله : (**وقيل : لا إن لم يعلم ويحكم قاضٍ به**)[٢] وفيه أمران :

أحدهما : أن مقتضاه : أن الخلاف في حالة الجهل بالعفو وجهان ، وليس كذلك ، بل هو قولان منصوصان في « الأم »[٣] .

ثانيهما : أن مقتضاه : اختصاص جريان هـٰذا الوجه أو القول باجتماع الأمرين ؛ انتفاءِ العلم بالعفو وانتفاءِ الحكم بالسقوط ، وليس كذلك ، بل أحدهما كاف كما دلت عليه عبارة « التنبيه » ، وعبارة « أصل الروضة » : وإن لم يحكم به . . لزمه أيضاً **على المذهب** ، وقيل : لا ؛ لشبهة اختلاف العلماء ، وإن جهله ؛ فإن قلنا : لا قصاص إذا علمه . . فهنا أولىٰ ، وإلا . . فوجهان[٤] .

وليس فيها ترجيح في هـٰذه الحالة ، ومقتضىٰ كلامهما : القطع بإيجاب القصاص فيما إذا كان بعد العلم بالعفو وبعد الحكم بالسقوط ، وبه صرح في « الروضة » وأصلها[٥] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وهو عندي مقيد بما إذا علم المبادر بالحكم ، فإن لم يعلم . . اتجه الخلاف .

٤٦٦٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٨] : (**ولا يجوز استيفاء القصاص إلا بحضرة السلطان**) المعتبر إذنه ـ كما عبر به « المنهاج »[٦] ـ دون حضوره ، وقول « الحاوي » [ص ٥٧٣] : (**ويقع دون الوالي وعُزِّر**) يحتمل الإذن والحضور ، وذكر الماوردي أنه إذا تعين لواحد استيفاء القصاص . . اعتبر في استيفائه عشرة أشياء ، فذكر منها : حضور الحاكم الذي حكم له بالقود أو نائب عنه ، ويوافقه قول الشافعي : (ينبغي للحاكم أن يعرف بموضع رجل مأمون على القود)[٧] فإنه يشعر بحضوره أو بحضور نائب عنه .

---

(١) الحاوي (ص ٥٧٠) ، المنهاج (ص ٤٧٩) .
(٢) المنهاج (ص ٤٧٩) .
(٣) الأم (٦/٢١) .
(٤) الروضة (٩/٢١٦) .
(٥) فتح العزيز (١٠/٢٥٩) ، الروضة (٩/٢١٦) .
(٦) المنهاج (ص ٤٧٩) .
(٧) انظر « الأم » (٦/٥٦) .

وقال في « الكفاية » : إلا بحضرة السلطان ، أي : أو إذنه ، فاكتفىٰ بأحد الأمرين ، وفي « المطلب » اعتبار الحضور والإذن معاً ، وكذا في بعض نسخ « الكفاية » ، ويندرج في تعبير « التنبيه » بـ (**السلطان**) و« المنهاج » بـ (**الإمام**) القاضي ، وبه صرح الماوردي ، ثم يستثنىٰ من ذلك مسألتان :

أحدهما : السيد ، فيقيم القصاص علىٰ عبده كما هو مقتضىٰ **تصحيح** الرافعي والنووي أنه يقيم عليه حد السرقة والمحاربة ، ثم قالا : وأجرىٰ جماعة منهم ابن الصباغ الخلاف المذكور في القتل والقطع قصاصاً[(1)] .

الثانية : قال الشيخ عز الدين بن عبد السلام في آخر « قواعده » : لو انفرد بحيث لا يرىٰ . . ينبغي أن لا يمنع منه ، ولا سيما إذا عجز عن إثباته[(2)] ، ويوافقه قول الماوردي : أن من وجب له علىٰ شخص حد قذف أو تعزير وكان بعيداً عن السلطان في بادية نائية . . أن له استيفاءه إذا قدر عليه بنفسه[(3)] .

ويستثنىٰ من ذلك أيضاً : المضطر حيث يقتله ليأكله كما سيأتي في بابه .

٤٦٦٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٨] : (**فإن كان من له القصاص يحسن الاستيفاء . . مكنه منه**) محله : في النفس دون الطرف كما في « الحاوي » و« المنهاج »[(4)] ، لكن تعبيره فيه بالأصح معترض ؛ لأنه منصوص في « الأم »[(5)] ، وقيد الرافعي منع تمكينه من الطرف بما إذا كان الطالب المجني عليه[(6)] ، ولا معنىٰ له ؛ فإن الحيف متوقع من وارثه أيضاً إذا مات قبل الاستيفاء ؛ فلذلك أطلقه غيره .

٤٦٦٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٠] : (**وإن قال : « أخطأت » وأمكن . . عزله ولم يعزره**) و« الحاوي » [ص ٥٧٣] : (**وعُزل خطأً**) قال شيخنا الإمام البلقيني : إنه مخالف لنص « الأم » ولما عليه الفتوىٰ عند أئمة المذهب ، قال في « الأم » : (ولو جاء يضرب عنقه فضرب رأسه مما يلي العنق أو كتفيه وقال : «**أخطأت**» . . أُحَلِّف ما عمد ما صنع ولم يُعاقب ، وقيل : اضْرِب عنقه)[(7)] ، قال : ولا يخالفه نص « المختصر » و« الأم » أيضاً ، وهو قوله : (وجبره الحاكم علىٰ أن يأمر من

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١١/ ١٦٤ ، ١٦٥) ، و« الروضة » (١٠/ ١٠٣) .
(٢) قواعد الأحكام في إصلاح الأنام (٢/ ٣٢٧) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/ ٤٥٤) .
(٤) الحاوي (ص ٥٧٢) ، المنهاج (ص ٤٧٩) .
(٥) الأم (٦/ ٦١ ، ٦٢) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٢٦٦) .
(٧) الأم (٦/ ٢٠) .

يحسن ضرب العنق)[1] فإنه يدل علىٰ أنه لا يحسن ، وعلى اختلاف هاتين الحالتين ـ وهما الفرق بين أن يحسن أم لا ـ حمل العراقيون كلام الشافعي .

وفي « النهاية » : من عرفت مهارته في ضرب الرقاب . . ينبغي ألاَّ يعزل في خطأ اتفق له بلا خلاف[2] .

٤٦٧٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٠] و« الحاوي » [ص ٥٧٣] : (**وأجرة الجلاد على الجاني**) محله : ما إذا لم يمكن ذلك من سهم المصالح كما نص عليه في « الأم » و« المختصر »[3] ، وعليه مشى « التنبيه » فقال [ص ٢١٨] : (**إن لم يوجد من يتطوع . . استؤجر من خمس الخمس ، فإن لم يكن . . استؤجر من مال الجاني**) وقول « المنهاج » [ص ٤٨٠] : (**على الصحيح**) فيه نظر ؛ لأنه منصوص كما تقدم ، ومقابله قول أيضاً كما رجحه شيخنا الإمام البلقيني .

٤٦٧١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٠] : (**ويقتص على الفور ، وفي الحرم**) يستثنىٰ منه : ما إذا التجأ إلى المسجد الحرام ، قال الإمام : أو إلىٰ غيره من المساجد . . فيخرج منه ويقتل[4] ؛ لأنه تأخير يسير ، وفيه صيانة للمسجد ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٥٧٣] : (**ويخرج من المسجد**) وفيه وجه ضعيف أنه تبسط الأنطاع ، ويقتل فيه تعجيلاً للوفاء ، ولو التجأ إلىٰ نفس الكعبة أو إلىٰ ملك إنسان . . أخرج قطعاً .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وكذلك لو التجأ إلىٰ مقابر المسلمين ولا يمكن قتله إلا بإراقة الدم عليها .

٤٦٧٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٠] : (**والحر والبرد والمرض**) ظاهره تناول قصاص النفس والطرف ، وبه قطع الغزالي والبغوي وغيرهما ، ونقل الروياني في « جمع الجوامع » أنه نص في « الأم » علىٰ أنه يؤخر قطع الطرف لهٰذه الأمور ، كذا في « الروضة » وأصلها[5] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وظاهره ترجيح الأول ، والنص الذي نقله الروياني موجود في « الأم » ، **وهو المعتمد** ، وفي « التتمة » : لا يجوز استيفاء الطرف في حر أو برد شديد إذا لم تقع الجناية في مثله ، فلو وقعت في مثله . . استوفي قصاص ذلك قطعاً ؛ للمماثلة ، ومقتضاه : أن المرض كذلك ، قال شيخنا : وقد لا تتحقق المماثلة في المرض والحر والبرد الشديدين ؛ لاختلاف الأمزجة ، فينبغي أن يتوقف عن القصاص مطلقاً في الحالات المذكورة كما أطلقه الشافعي .

---

(١) مختصر المزني (ص ٢٤٠) .
(٢) نهاية المطلب (١٤٨/١٦) .
(٣) الأم (٦٠/٦) ، مختصر المزني (ص ٢٤٣) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (٣٠٦/١٦) .
(٥) الأم (٥٨/٦) ، فتح العزيز (٢٧٠/١٠) ، الروضة (٢٢٥/٩) .

٤٦٧٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٠] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٥٧٣] : (**وتُحبس الحامل في قصاص النفس أو الطرف**) محله : ما إذا طلبه المستحق ، بخلاف الحبس لانتظار الغائب وكمال الصبي والمجنون ؛ فإنه متعلق بنظر السلطان ، وهـٰذا بنظر المستحق .

٤٦٧٤ـ قول « الحاوي » [ص ٥٧٣] : (**وينتظر وضع الحمل ، ووجود مرضعة**) أي : بعد سقي اللبأ كما صرح به « التنبيه » و« المنهاج »[١] ، وقد يفهم من التعبير بالمرضعة اعتبار كونها آدمية ، وليس كذلك ، فلو استغنىٰ ببهيمة . . كان كذلك ، وقد تناول هـٰذا تعبير « التنبيه » و« المنهاج » بالاستغناء بغيرها[٢] .

وفي معنىٰ ذلك : فطمه للحولين كما صرح به « المنهاج »[٣] ، وحمله في « المطلب » علىٰ ما إذا تضرر الولد بفطمه قبلهما ، فإن لم يتضرر وفطم قبلهما إما بتوافق الأبوين أو برضا السيد في ولد الأمة . . جاز حينئذ قبلها .

واعلم : أن « المنهاج » صرح بأن ذلك في قصاص النفس والطرف ، وهو ظاهر إطلاق « التنبيه » و« الحاوي » ، ونازع فيه شيخنا الإمام البلقيني في الطرف ، وقال : هو شيء ذكره القاضي حسين والبغوي ، وهو مردود ؛ فإن قصاص الطرف لا يقتضي فوات الروح ، وكيف يؤخر قطع أنملة منها أو أذنها حتىٰ يستغني الولد بغيرها ، أو فطام لحولين ؟ فإن قيل : لأن فيه تغييراً لمزاجها ، فيخاف على الولد . . قلنا : التغيير في مثل هـٰذا يسير ، ولا يضر غالباً ، فيحتمل .

٤٦٧٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٨] : (**وإن ادعت الحمل . . فقد قيل : يقبل قولها ، وقيل : لا يقبل حتىٰ تقيم بينة بالحمل**) **الأصح** : الأول ، وعليه مشى « الحاوي »[٤] و« المنهاج » ، وعبارته : (**والصحيح : تصديقها في حملها بغير مخيلة**)[٥] والمراد بالمخيلة : شهادة النسوة به أو إقرار المستحق كما صرح به الرافعي[٦] ، فهو كتعبير غيره بدعواها ، وهنا أمور :

أحدها : أن القبول منصوص عليه في « الأم »[٧] ، فلا ينبغي التعبير عنه بالصحيح .

ثانيها : قال في « النهاية » : لا أدري إن اعتمدوا قولها . . يؤمرون بالصبر إلى انقضاء مدة

---

(١) التنبيه (ص ٢١٨) ، المنهاج (ص ٤٨٠) .
(٢) التنبيه (ص ٢١٨) ، المنهاج (ص ٤٨٠) .
(٣) المنهاج (ص ٤٨٠) .
(٤) الحاوي (ص ٥٧٣) .
(٥) المنهاج (ص ٤٨٠) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٢٧٢) .
(٧) الأم (٦/ ٢٢) .

الحمل وإلىٰ ظهور المخايل ، **والأظهر** : الثاني ؛ فإن التأخير إلىٰ أربع سنين من غير ثبت بعيد[1] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وما رجحه الإمام هو مقتضىٰ نص « الأم » ، فإذا حصل الاستبراء ـ كما قال الشافعي ـ وظهر عدم الحمل . . أقمنا القصاص عليها حينئذ ، وذلك بمضي حيضة علىٰ مقتضىٰ ما **صححوه** في (الطلاق) في قوله : (**إن كنت حاملاً . . فأنت طالق**) وفيه هناك وجهان آخران : **أحدهما** : بطهر ، **والثاني** : بثلاثة أطهار ، والأوجه آتية هنا .

ثالثها : محل تصديقها : حيث أمكن أن تكون حاملاً عادة ، فلو كانت آيسة . . لم تصدق ، وهو معنىٰ قول الشافعي : انتظر بالقود منها حتىٰ تُستبرأ أو يعلم أنه لا حمل بها[2] .

رابعها : كلام الإمام المتقدم يقتضي منع الزوج من وطئها ؛ لئلا يقع حمل يمنع استيفاء حق ولي الدم ؛ فإنه ما دام يغشاها فاحتمال الحمل موجود ، وإن زادت المدة علىٰ أربع سنين .

٤٦٧٦ـ قول « التنبيه » فيما إذا اقتُص من الحامل فتلف الجنين من القصاص [ص ٢١٨] : (**فإن لم يعلم واحد منهما . . فقد قيل : على الإمام ، وقيل : على الولي**) **الأصح** : الأول .

٤٦٧٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٠] : (**ومن قتل بمحددٍ أو خنقٍ وتجويعٍ ونحوه . . اقتص به**) قد يفهم أنه لو قتل بمثقل ؛ كحجر وخشب . . لم يقتل به ، وليس كذلك ، وكأنه ترك التصريح به ؛ لدلالة ما ذكره في الخنق ونحوه ، وقد صرح به « التنبيه » فقال [ص ٢١٩] : (**وإن غرّق أو حرّق أو قتل بالخشب أو بالحجر . . فله أن يقتله بالسيف ، وله أن يفعل به مثل ما فعل**) ودخل في قول « الحاوي » [ص ٥٧٠] : (**أو مثل فعله**) .

٤٦٧٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٩] : (**فإن قتل باللواط أو سقي الخمر . . فقد قيل : يقتل بالسيف ، وقيل : يعمل في اللواط مثل الذكر من الخشب فيقتل به ، وفي الخمر يسقى الماء فيقتل به**) **الأصح** : الأول ، وعليه مشى « الحاوي » و« المنهاج » وعبر بـ (**الأصح**)[3] ، وعبارة « الروضة » : (الصحيح)[4] .

ولا يخفىٰ أن شرط القصاص في اللواط : أن يقتل غالباً ؛ بأن يلوط بصغير ، قال المتولي : ومحل القول بإيلاج خشبة فيه : أن يتوقع موته بذلك ، وإلا . . فيتعين السيف ، وصرح به أيضاً الإمام[5] .

---

(١) نهاية المطلب (١٦/١٥٩) .
(٢) انظر « الأم » (٦/٢٢) .
(٣) الحاوي (ص ٥٧٠) ، المنهاج (ص ٤٨٠) .
(٤) الروضة (٩/٢٢٩) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٦/١٨٢) .

وقد تفهم عبارة « التنبيه » تعين الماء على القول الآخر ، والذي في الرافعي وغيره : يوجر مائعاً من خل أو ماء أو نحوهما[١] .

وقول « التنبيه » [ص ٢١٩] : (**سقي الخمر**) مثل قول « الحاوي » [ص ٥٧٠] : (**إيجار خمر**) واقتصر « المنهاج » علىٰ قوله [ص ٤٨٠] : (**وخمر**) فقال بعضهم : أراد : إدخال ما إذا غرقه في دن خمر . . فيجري فيه الخلاف ، وتصحيح المنع ، وليس كذلك ، بل هـٰذا داخل في قسم التغريق فيما يظهر ، فيفعل به مثله قطعاً ، وقد يخرج بتعبيرهم بالخمر : البول حتىٰ يقتل به ، ووجهه إباحته للضرورة ، بخلاف الخمر ، وفيه وجهان بلا ترجيح في كلام الرافعي ، لكنه **صحح** في « أصل الروضة » من غير تمييز : تعيّن السيف[٢] .

٤٦٧٩ـ قول « الحاوي » [ص ٥٧٠] : (**لا باللواط ، وإيجار خمرٍ ، وسحرٍ ، وبمسموم ، ومُثلَةٍ**) يقتضي منع القصاص بالسيف المسموم والمثلة ولو فعلهما الجاني ، وعلىٰ ذلك شرحه القونوي والبارزي ، والذي في « الروضة » وأصلها **تصحيح** منع الاستيفاء بالسيف المسموم من غير تصويره بأن يكون الجاني فعل ذلك[٣] ، وذكر الماوردي فيما إذا قتل بسيف مسموم[٤] يفتت ويمنع الغسل والدفن . . احتمال وجهين في جواز فعل مثل ذلك : الجواز ؛ لإمكانه ، والمنع ؛ لتعذر غسله[٥] ، وهو حق لله تعالىٰ ، واحتمال تعدي ضرره إلىٰ من يغسله ويكفنه ، وحكى القاضي في (باب حد الزنا) وجهين فيما لو شهد أربعة علىٰ محصن بالزنا ، فرجم ، ثم رجعوا . أو واحد منهم . . هل يتعين في قتله السيف أو يجوز رجمه ؟

٤٦٨٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٩] : (**فإن فعل به ذلك فلم يمت . . ففيه قولان ، أحدهما : يقتل بالسيف ، والثاني : يكرر عليه مثل ما فعل إلىٰ أن يموت ، إلا في الجائفة وقطع الطرف**) صحح في « تصحيح التنبيه » : الثاني[٦] ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٤٨٠] : (**ولو جوع كتجويعه فلم يمت . . زِيد**) و« الحاوي » فقال [ص ٥٧١] : (**ويزاد إن بقي**) وتبعا فيه « المحرر » فإنه قال : (**إنه رجح**)[٧] ، لكنه لم ينقل في « الروضة » وأصلها تصحيحه إلا عن البغوي فقط ، وقيل : يفعل به الأهون منهما .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٢٧٦) .

(٢) فتح العزيز (١٠/ ٢٧٦) ، الروضة (٩/ ٢٢٩) .

(٣) فتح العزيز (١٠/ ٢٧٦) ، الروضة (٩/ ٢٢٢) .

(٤) في النسخ : (بالسيف مسموم) ، ولعل الصواب ما أثبت .

(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٢/ ١٤٠) ، وفي حاشية (ج) : (قال الزركشي : **وأصحهما** : الجواز) .

(٦) تصحيح التنبيه (٢/ ١٦٥) .

(٧) المحرر (ص ٢٩٨) .

قال الرافعي : وترجيح هٰذا قريب ، وعبر في « الروضة » بقوله : وهٰذا أقرب[1] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ما صححه « المنهاج » في التجويع مخالف لنص « الأم » و« المختصر » ، وإنما هو قول خرجه المزني ، وتخريجه مرجوح ، وعبارة الشافعي في منع الشراب : (فإن مات في تلك المدة ، وإلا . . قتل بالسيف)[2] ، فقال المزني : (القياس علىٰ ما مضىٰ أول الباب : أن يمنعه الطعام والشراب حتىٰ يموت ، كما قال في النار والحجر والخنق بالحبل : حتىٰ يموت)[3] ، قال شيخنا : وليس هٰذا بالقياس ؛ فإن النار محرقة تتلفه بإسراع ، وكذا الخنق بالحبل ، وليس الجوع من المتلف بإسراع ، وكم ممن يجوع أياماً كثيرة ولا يموت ، لا سيما من ألفه ؛ فالصواب كما قال الشافعي في صورة الجوع : أنه يقتل بالسيف . انتهىٰ .

والاستثناء في قول « التنبيه » [ص ٢١٩] : (**إلا في الجائفة وقطع الطرف**) منقطع ؛ لأن كلامه فيما إذا غرّق أو حرّق أو قتل بالخشب أو الحجر ، وليسا داخلين في ذلك ، وقد يدخل في قول « الحاوي » [ص ٥٧١] : (**ويزاد**) الجائفة أيضاً ، **والأصح** خلافه .

٤٦٨١ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**ومن عدل إلىٰ سيفٍ . . فله**)[4] هو مبني علىٰ أن السيف أسهل في الصور كلها ، وهو **المشهور** ، وأشار الإمام إلىٰ وجه أنه لا يعدل من الخنق إلى السيف ، ومال شيخنا الإمام البلقيني إلىٰ مثل ذلك ، فقال : إذا عدل من الأخف من السيف إلى السيف ؛ كما إذا عدل من التغريق إلى السيف . . منع من ذلك ؛ لأن في السيف زيادة لم يصنع الجاني مثلها ، فلا يجوز العدول عن المثل الذي هو أسهل من السيف .

واعلم : أن المراد بالسيف : حز الرقبة على المعهود ، فلو عدل إلىٰ ذبحه ؛ كالبهيمة . . لم يجز ؛ لهتك الحرمة ، قاله الماوردي[5] وابن الرفعة في « المطلب » ، وحمله بعضهم علىٰ ما إذا لم يكن القاتل قد فعل ذلك .

٤٦٨٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٨] : (**وإن قطعه فمات منه . . قطعت يده ؛ فإن مات ، وإلا . . قتل**) فيه أمران :

أحدهما : أنه لا يتعين ذلك ؛ فله قتله ابتداء .

ثانيهما : أنه لا يتعين بعد قطع يده انتظار السراية ؛ فله بعد ذلك المبادرة إلىٰ حز رقبته ، قاله

---

(١) فتح العزيز (١٠/ ٢٧٧ ، ٢٧٨) ، الروضة (٩/ ٢٣٠) ، وانظر « التهذيب » (٧/ ٩٤) .
(٢) الأم (٦/ ٧) .
(٣) مختصر المزني (ص ٢٤١) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢١٩) ، و« الحاوي » (ص ٥٧٠) ، و« المنهاج » (ص ٤٨٠) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٢/ ١١٠ ، ١١١) .

الرافعي وغيره[1] ، لكن في « الكفاية » : أن مقتضىٰ كلام غير الشيخ من العراقيين أيضاً انتظار السراية ، وفي « المطلب » : أنه ظاهر النص في « المختصر » ، وعليه جرى البندنيجي والمحاملي ، لكن اختلفوا في أنه واجب أم لا ؟ وجهان ، حكاهما ابن داوود ، وفي « التتمة » : له قتله قبل مضي المدة إن اندمل الجرح أو ظهرت أماراته ، وإلا . . فلا .

وهـٰذا الإيراد مبنىٰ علىٰ أن معنىٰ قوله : (**فإن مات**) أي : بعد مضي مثل المدة التي سرت فيها جنايته ، وقد يقال : لا دلالة له علىٰ ذلك ، وعبارة « المنهاج » [ص ٤٨٠] : (**ولو قطع فسرىٰ . . فللولي حز رقبته ، وله القطع ثم الحز ، وإن شاء . . انتظر السراية**) .

وبنىٰ شيخنا الإمام البلقيني انتظار السراية علىٰ أنها تقع قصاصاً ، وهو **المرجح** كما سيأتي ، فإن قلنا : لا يقع قصاصاً ـ وهو ما حكاه ابن كج عن عامة الأصحاب ـ . . لم تنتظر السراية ، قال : ولم أر من تعرض له .

٤٦٨٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٨] : (**وإن قطع يد رجل من الذراع ، أو أجافه فمات . . ففيه قولان ، أحدهما : يقتل ، والثاني : يجرح كما جرح ؛ فإن مات ، وإلا . . قتل**) **صحح** في « المنهاج » الأول تبعاً لقول « المحرر » : إنه **رجحه** كثيرون[2] ، **وصحح** في « تصحيح التنبيه » : الثاني[3] ، وعليه مشى « الحاوي » بقوله [ص ٥٧٠] : (**أو مثل فعله**) وقال في « أصل الروضة » : إنه **الأظهر** عند الأكثرين ؛ لكون الرافعي نقل تصحيحه عن الشيخ أبي حامد وغيره من العراقيين والروياني ، ولم ينقل تصحيح مقابله إلا عن البغوي[4] ، ولم يذكر في « الشرح الصغير » **ترجيح** البغوي أصلاً .

وقال شيخنا ابن النقيب : كأنه انقلب عليه في « المحرر »[5] وكذا قال شيخنا الإمام البلقيني : الذي يظهر أن الذي في « المحرر » وهم ، وأنه أراد أن يقول : رجح كثير الأول ، فانتقل إلى الثاني سهواً ، قال : **والمعتمد في الفتوىٰ** : أنه يفعل به كفعله ؛ فإن الشافعي جزم به في موضع ، ونص على القولين في موضع آخر[6] ، وذلك يدل علىٰ **ترجيح** المجزوم به .

ويستثنىٰ من محل الخلاف : ما إذا قال : (**افعل به مثل ذلك ، فإن لم يمت . . عفوت عنه**) . .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٢٨١) .

(٢) المحرر (ص ٣٩٩) ، المنهاج (ص ٤٨٠) .

(٣) تصحيح التنبيه (٢/ ١٦٤) .

(٤) فتح العزيز (١٠/ ٢٧٩) ، الروضة (٩/ ٢٣١) .

(٥) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٧/ ٢٠٤) .

(٦) انظر « الأم » (٦/ ١٢) ، و« مختصر المزني » (ص ٢٤٠) .

فلا يمكن منه كما قاله الماوردي[1] ، وحكاه الرافعي عن البغوي في الجائفة[2] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه ظهر من كلام الشافعي ؛ حيث قال : وإن قالوا : نجرحه جائفة ولا نقتله . . لم يتركوا ذلك[3] .

واعلم : أن تعبير « التنبيه » يوهم أن المراد : قطع جميع الذراع بفصله من المرفق ، وليس كذلك ، وإنما المراد : كسره ؛ ولهـٰذا عبر في « النبيه » مختصره بـ (**كسر الذراع**) و« المنهاج » بـ (**كسر العضد**)[4] .

٤٦٨٤ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٠] : (**فإن لم يمت . . لم تزد الجوائف في الأظهر**) تبع « المحرر » في أن الخلاف قولان[5] ، وهو في « الروضة » وأصلها وجهان ، وصوب شيخنا الإمام البلقيني القطع بأنه لا تزاد الجوائف .

٤٦٨٥ـ قوله : (**ولو اقتص مقطوعٌ ثم مات سرايةً . . فلوليه الحز وله عفوٌ بنصف دية**)[6] فيه أمران :

أحدهما : أن القطع قد لا يوجب نصف الدية ، فكان ينبغي التعبير بقطع اليد كما عبر به « الحاوي »[7] ، ولا يخفىٰ أنه مثال .

ثانيهما : محل ما ذكره هو و« الحاوي » من العفو بنصف دية : أن تستوي الديتان ، فلو قطعت امرأة يد رجل ، فاقتص منها ثم مات الرجل . . **فالأصح** في « الروضة » وأصلها في أواخر (باب العفو عن القصاص) : أن لوليه العفو علىٰ ثلاثة أرباع الدية ؛ لأنه استحق دية رجل سقط منها ما استوفاه ، وهو يد امرأة بربع يد رجل ، ومثله لو قطع ذمي يد مسلم فاقتص منه ثم مات المسلم . . **فعلى الأصح** : يستحق خمسة أسداس دية مسلم[8] .

قال شيخنا ابن النقيب : وقياس ذلك في عكس المسألة إذا قطع رجل يد امرأة فاقتصت منه ثم ماتت بالسراية . . أن **الأصح** : أن وليها إذا أراد العفو علىٰ مال . . لم يكن له شيء ، ولم أر ذلك مسطوراً[9] .

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٢/١٤٦) .
(٢) فتح العزيز (١٠/٢٧٩) ، وانظر « التهذيب » (٧/٩٤) .
(٣) انظر « الأم » (٦/١٢) .
(٤) المنهاج (ص ٤٨٠) .
(٥) المحرر (ص ٣٩٩) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٤٨٠) .
(٧) الحاوي (ص ٥٦٧) .
(٨) فتح العزيز (١٠/٣٠٤) ، الروضة (٩/٢٤٧) .
(٩) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٧/٢٠٥) .

وقال شيخنا الإمام البلقيني في « حواشيه » : عندي أن **الأرجح** خلافه ؛ لأنه لم يكن مستحقاً لغير قطع اليد وإزهاق روح الآدمي ، فإذا قطع يده . . فقد استوفىٰ ما يقابل نصف النفس ، فيجب له نصف الدية الكاملة ، وقال الماوردي : إنه أشبه(١) .

٤٦٨٦ـ قول« المنهاج » [ص ٤٨٠] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٥٦٧] : (**ولو قطعت يداه فاقتص ثم مات . . فلوليه الحز ، فإن عفا . . فلا شيء**) محله أيضاً : إذا استوت الديتان ، فلو كان الجاني امرأة علىٰ رجل . . وجب نصف دية رجل **على الأصح** .

قال شيخنا الإمام البلقيني : واعلم أن التصوير بأن يقتص ثم يموت بالسراية ليس بقيد ، حتىٰ لو مات بالسراية قبل أن يقتص فقطع وارثه في الصورة الأولىٰ يداً وفي الثانية اليدين . . فالحكم فيهما سواء .

قال شيخنا المذكور في « حواشيه » : فلو لم يمت المجني عليه بالسراية ، بل بحز الرقبة من الجاني . . فالذي يظهر بمقتضى القواعد : أن للولي العفو علىٰ مال ؛ لعدم التداخل إذا فرعنا عليه ، **والأصح** فيما لو قطع يد رجل فعفى المجني عليه علىٰ ديتها ثم عاد الجاني وحز رقبته قبل الاندمال : وجوب القصاص ، لكن **الأصح** : أنه لا يصح عفوه إلا على الباقي من الدية لا علىٰ جميعها .

٤٦٨٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٩] : (**ومن اقتص في الطرف ثم سرىٰ إلىٰ نفس الجاني . . لم يجب ضمان السراية**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٤٨٠] : (**إنه هدر**) لمخالفته لما ذكره بعد ذلك من وقوعه قصاصاً في صورة موتهما معاً . وصورة سبق المجني عليه ؛ فإنه لم يقع في هاتين الصورتين هدراً مع كونه لم يجب ضمانه .

٤٦٨٨ـ قولهما ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**وإن اقتص في الطرف ثم سرىٰ إلىٰ نفس المجني عليه ثم إلىٰ نفس الجاني . . فقد استوفىٰ حقه**)(٢) وهو مفهوم قول « الحاوي » [ص ٥٧٢] : (**وإن مات الجاني أولاً . . لم يقع قصاصاً**) هو **المشهور** كما قال الرافعي ، **وصححه** النووي ، لكن حكى ابن كج عن عامة الأصحاب : أنه لا يقع قصاصاً(٣) .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه القياس ؛ لأن سراية الجاني مهدرة ، والمهدر لا يقع قصاصاً ، وسراية المجني عليه مضمونة . انتهىٰ .

وسوّىٰ في « المنهاج » بين هـٰذه الصورة وبين ما إذا ماتا معاً سرايةً ، وهو مفهوم قول « الحاوي » المتقدم ، **وصحح** شيخنا الإمام البلقيني في هـٰذه الصورة : أنه لا يقع قصاصاً ؛ لأن

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٢/ ١٢٥) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢١٩) ، و« المنهاج » (ص ٢٨٠) .

(٣) فتح العزيز (١٠/ ٢٨١) ، الروضة (٩/ ٢٣٣) .

القصاص إنما يقع بعد وجوبه ، فإذا ماتا معاً . . فقد مات الجاني قبل وجوب قصاص النفس ؛ فالحكم بأنه اقتص منه بعيد .

٤٦٨٩ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وإن تأخر . . فله نصف الدية في الأصح**)[١] أي : والصورة في قطع يد ، فإن كانت في قطع يدين . . فلا شيء ، وإن كانت في موضحة . . فتسعة أعشار دية ونصف عشرها ؛ فإنه أخذ بقصاص الموضحة نصف العشر .

٤٦٩٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٠] : (**ولو قال مستحق يمين : « أخرجها » فأخرج يساراً وقصد إباحتها . . فمهدرة**) فيه أمور :

أحدها : لا يخفىٰ أنه لا بد أن يكون المخرج عاقلاً ؛ ويدل لذلك قوله : (**وقصد إباحتها**) ولهـٰذا قال « التنبيه » [ص ٢١٩ ، ٢٢٠] : (**وإن كان القصاص علىٰ مجنون فقال : « أخرج يمينك » فأخرج اليسار فقطعها ؛ فإن كان المقتص عالماً . . وجب عليه القصاص ، وإن كان جاهلاً . . وجبت عليه الدية**) وصورته : أن يجني عاقلاً ثم يُجنّ .

ثانيها : وصورته أيضاً : أن يكون حراً ، فلو كان عبداً . . لم تهدر يساره بإباحتها قطعاً ، وفي سقوط القصاص إذا كان القاطع عبداً وجهان في «الروضة» وأصلها في مسائل الإكراه **بلا ترجيح**[٢] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : **والأرجح** : سقوطه .

ثالثها : اعتبر في « الروضة » وأصلها مع قصد إباحتها : أن يعلم أنها اليسار ، وأنها لا تجزىء ، وتردد شيخنا الإمام البلقيني في أن ذلك قيد لا بد منه ، فيرد على « المنهاج » ، أو تصوير لا يحتاج له ؛ فالمعتبر : قصد الإباحة ، وأما علمه بأنها تجزىء أم لا . . فلا يحتاج إليه ؛ لأنه لم يجعلها قصاصاً ، **والأقرب عندي** : الثاني ، وبنىٰ شيخنا ابن النقيب علىٰ أنه قيد ، وقال : إنه يفهم مما ذكره في « المنهاج » عقبه[٣] ، وفيه نظر .

رابعها : لم يتعرض لقصاص اليمين، وهو باقٍ كما كان، صرح به في «المحرر»[٤]، وقد يقال: قوله بعد الصورة التي بعدها : (**ويبقىٰ قصاص اليمين**)[٥] راجع إليهما ، فلم يسقطه ، وهو محمول علىٰ ما إذا لم يظن القاطع إجزاءها ، فإن ظن ذلك . . **فالأصح** : سقوطه قصاصاً ، ويعدل إلىٰ ديتها ، وطردا فيما إذا علم القاطع عدم الإجزاء شرعاً ، لكنه جعلها عوضاً ، وهـٰذه أولىٰ بالسقوط .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢١٩) ، و« الحاوي » (ص ٥٧٢) ، و« المنهاج » (ص ٤٨٠) .

(٢) الروضة (٩/٢٣٥) .

(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٧/٢٠٦) .

(٤) المحرر (ص ٣٩٩) .

(٥) المنهاج (ص ٤٨٠) .

٤٦٩١- قوله : (**وإن قال : « جعلتها عن اليمين وظننت إجزاءها » فكذبه . . فالأصح : لا قصاص في اليسار ، وتجب دية ، ويبقىٰ قصاص اليمين**)[١] ليس مطابقاً لما في « المحرر » ولا لـ« الروضة » وأصلها ، وعبارة « المحرر » : (وقال القاطع : عرفتُ أن المخرج اليسار ، وأنها لا تجزىء)[٢] فظنه النووي بفتح التاء في قوله : (عرفت) فعبر عنه بقوله : (فكذبه) ، وهو وهم ، وإنما هو بضمها ، ولو كان كما توهمه . . لم يكن معرفة المخرج بأنها اليسار مضاداً لقوله : (**جعلتها عن اليمين**) حتىٰ يُجعل تكذيباً له ، وليست الصورة التي في « المنهاج » مذكورة في « الروضة » في أحوال المسألة ؛ فإنه لما ذكر قول المخرج : جعلتها عن اليمين وظننت إجزاءها . . قال : (فيسأل المقتص) ، وله في جوابه ألفاظ :

أحدها : أن يقول : (ظننت أنه أباحها بالإخراج) . . فلا قصاص عليه في اليسار ، وفيه احتمال للإمام ، ويبقىٰ قصاص اليمين قطعاً .

الثاني : فذكر الصورة المتقدمة عن « المحرر » .

الثالث : أن يقول : (قطعتها عن اليمين وظننتها تجزىء كما ظنه المخرج) . . **فالصحيح** : أنه لا قصاص في اليسار ، وأنه يسقط قصاص اليمين ، ولكل واحد منهما دية ما قطعه الآخر[٣] .

وظن شيخنا ابن النقيب أن هٰذه صورة « المحرر » ، وأخذ يناقش « المنهاج » في تعبيره فيها **بالأصح** مع تعبير « الروضة » فيها بالصحيح[٤] ، وهو مردود كما عرفته .

ثم قال في « الروضة » :

الرابع : أن يقول : (ظننت المخرجة اليمين) . . فلا قصاص في اليسار **على المذهب** ، وتجب الدية **على الأصح** ، ويبقىٰ قصاص اليمين **على المذهب**[٥] .

وقد ظهر لك استواء الصور كلها في بقاء قصاص اليمين إلا الثالثة التي ظنها ابن النقيب صورة «المحرر» و«المنهاج» ، وذلك مما يقوى التعجب منه ؛ لاختلاف حكمهما مع اختلاف تصويرهما .

٤٦٩٢- قول « التنبيه » [ص ٢١٩] : (**فإن وجب له القصاص في اليمين فقال : « أخرج يمينك » فأخرج يساره عمداً فقطعه . . لم يجزئه عما عليه**) يقتضي بقاء قصاص اليمين ، وقد زاده إيضاحاً بقوله : (**غير أنه لا يقتص منه في اليمين حتىٰ تندمل المقطوعة**)[٦] ويستثنىٰ منه : ما لو قال كل من

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٤٨٠) .

(٢) المحرر (ص ٣٩٩) .

(٣) الروضة (٩/٢٣٥ ، ٢٣٦) .

(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٧/٢٠٨) .

(٥) الروضة (٩/٢٣٦) .

(٦) التنبيه (ص ٢١٩) .

المخرج والقاطع : (ظننت إجزاءها عن اليمين) . . **فالصحيح** : سقوط قصاصها ، وهي التي ظنها ابن النقيب صورة « المحرر » كما تقدم .

٤٦٩٣ـ قول « الحاوي » [ص ٥٧٥] : (**ومن استُحِق يمينه وأخرج اليسار . . لا قصاص فيها**) يستثنىٰ منه مسألتان :

إحداهما : أن يقول المخرج : دُهشتُ فظننتها اليمين ، ويقول المقتص : ظننت أن المخرج قصد الإباحة . . فالذي حكاه الرافعي عن البغوي : وجوب القصاص ، وقال : **إنه المتجه** ، قال : وقياس مثله في الحال الثاني : أن لا يجب[1] ، ومال شيخنا الإمام البلقيني إلىٰ هـٰذا القياس فقال : إنه **القياس السديد** ، وما ذكره البغوي ممنوع .

الثانية : ما لو علم المقتص في صورة دهشة المخرج أنها اليسار ، وأنها لا تجزىء عن اليمين . . **فالأصح** : وجوب القصاص ، وترد هـٰذه الثانية أيضاً على « التنبيه » فإنه قال في صور منها [ص ٢١٩] : (**ما إذا قال المخرج : فعلت ذلك غلطاً ، وإن قطع** ـ أي : المقتص ـ **وهو عالم** . . **فالمذهب** : **أنه لا قصاص**) .

٤٦٩٤ـ قول « الحاوي » [ص ٥٧٥] : (**وفي اليمين إن أخذ عوضاً بل الدية**) يستثنىٰ من وجوب الدية : ما إذا قصد بإخراجها الإباحة ؛ فإنها مهدرة كما تقدم .

٤٦٩٥ـ قوله : (**ويقع حداً بدهشةٍ ، وظنٍّ**)[2] أي : يجزىء قطع اليسار عن اليمين في حد السرقة إذا أخرجها بدهشة أو ظن إجزائها عن اليمين ، أما لو قصد بإخراجها الإباحة . . فإنها لا تقع حداً ؛ كذا استدركه القاضي حسين على الأصحاب ، وحمل إطلاقهم عليه ، وتبعه في « الوجيز »[3] ، وإطلاق الأصحاب يقتضي وقوعه حداً مطلقاً ، وفي « أصل الروضة » في حد السرقة قال القاضي أبو الطيب وآخرون : إن قال المخرج : (ظننتها اليمين ، أو أن اليسار تجزىء) . . سقط بها القطع **على الأظهر** ، وإن قلنا : لا يسقط فقال القاطع : (علمت أنها اليسار وأنها لا تجزىء) . . لزمه القصاص ، وإن قال : (ظننت أنها اليمين ، أو أنها تجزىء) . . لزمته الدية ، وقال الشيخ أبو حامد : يراجع القاطع أولاً ، فإن قال : (علمت أنها اليسار وأنها لا تجزىء) . . لزمه القصاص وبقي القطع واجباً في اليمين ، وإن قال : (ظننتها اليمين ، أو أن اليسار تجزىء) . . لزمه الدية ، وفي سقوط قطع اليمين القولان ، وكلام القاضي[4] وغيره يوافق

---

(١) فتح العزيز (١٠/٢٨٦) ، الروضة (٩/١٢٣ ، ١٢٤) .

(٢) انظر « الحاوي » (ص ٥٧٥) .

(٣) الوجيز (٢/١٣٩) .

(٤) كذا في النسخ ، وقال في « الروضة » : (وكلام الإمام . . .) فليتنبه .

هـٰذا الطريق ، إلا أن القصاص إنما يلزم القاطع وإن علم الحال إذا لم يوجد من المخرج بدل وإباحة . انتهىٰ[١] .

فصل

[موجب العمدِ القودُ]

٤٦٩٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨١] : (**موجب العمد القود ، والدية بدل عند سقوطه ، وفي قول : أحدهما مبهماً**) فيه أمران :

أحدهما : يستثنىٰ من محل الخلاف : كل موضع وجب فيه القود ولا دية فيه ؛ كقتل المرتد مرتداً . . ففيه القود ولا دية **في الأصح** ، وكذا إذا قطع يدي الجاني . . فإنه لم يبق له سوىٰ حز رقبته ، ولا يتمكن من العفو على الدية ، فيقطع بوجوب القود ، ولا يأتي القولان .

ثانيهما : قال شيخنا ابن النقيب : إذا قتل الوالد ولده ، أو المسلم الذمي . . فهل نقول : الواجب الدية عيناً عكس القاعدة ، أو هو كغيره فيجب القود عيناً **في الأصح** ويعدل إلى الدية ؛ لأن الأبوة وشرف الدين مسقط ؟ لم أر من تعرض له ، وللنظر فيه مجال ، والظاهر الأول[٢] .

٤٦٩٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٧] : (**وإن عفا مطلقاً . . ففيه قولان ، أحدهما : لا تجب ، والثاني : تجب وهو الأصح**) هـٰذا الخلاف مبني علىٰ أن الواجب القود عيناً أو أحد الأمرين ، فإن قلنا بالأول . . لم تجب الدية ، وهو **المصحح** عند الرافعي والنووي والأكثرين[٣] ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٤٨١] : (**وعلى الأول لو أطلق العفو . . فالمذهب : لا دية**) .

واعترض عليه : بأن مقتضاه : ترجيح طريقة القطع ، لكن **الأرجح** : طريقة الخلاف ، وهو الذي في الرافعي .

وفي الاعتراض نظر ؛ لأن اصطلاح « المنهاج » في التعبير بالمذهب الدلالة علىٰ أن في المسألة طريقين أو طرقاً من غير دلالة على الراجح منها ، غير أن المذكور يكون هو الراجح في الجملة ، **وصحح** النووي في « نكته على التنبيه » : أن الواجب أحد الأمرين ، ولا اعتماد علىٰ ذلك .

ويستثنىٰ من ذلك : ما لو اختار الدية بعد العفو على الفور . . ففي « أصل الروضة » عن ابن كج : أنه تثبت الدية ، ويكون اختيارها بعد العفو كالعفو عليها ، قال : وحكي عن النص أن هـٰذا الاختيار يكون عقب العفو ، وعن بعض الأصحاب : أنه يجوز فيه التراخي[٤] .

---

(١) الروضة (١٠/ ١٥١) .
(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٧/ ٢١٠) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٢٩١) ، و« الروضة » (٩/ ٢٤١) .
(٤) الروضة (٩/ ٢٤١) .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وهٰذا المحكي عن بعض الأصحاب ذكره الماوردي قولاً للشافعي[1] ، قال : وقضية كلام الرافعي والنووي أن هٰذا النص هو **المعتمد** تفريعاً علىٰ أنه لا تثبت الدية بنفس العفو .

٤٦٩٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٧] : (**وإن اختار القصاص ثم اختار الدية . . لم يكن له ذلك على المنصوص ، وقيل : له ذلك**) مفرع علىٰ أن الواجب أحد الأمرين ، ومع ذلك **فالأصح** : أن له الدية ؛ لأنه استحق أعلا الأمرين . . فله العدول إلىٰ أدناهما ، أما إذا فرعنا **على الأصح** : أن الواجب القود عيناً . . فله ذلك قطعاً .

٤٦٩٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨١] : (**ولو عفا علىٰ غير جنس الدية . . ثبت إن قبل الجاني ، وإلا . . فلا**) يقتضي أنه مختص بالتفريع على الأول ، وليس كذلك ، بل هو جار على القولين ، فكان ينبغي تقديمه علىٰ قوله : (**وعلى الأول لو أطلق العفو**)[2] .

٤٧٠٠ـ قوله : (**ولو تصالحا عن القود علىٰ مئتي بعيرٍ . . لغا إن أوجبنا أحدهما ، وإلا . . فالأصح : الصحة**)[3] حمله في « المهمات » علىٰ ما إذا كانت تلك الإبل بالصفة الواجبة في جناية العمد ، فإن كانت بغير صفتها ؛ إما معينة أو في الذمة . . فينبغي الجزم بالصحة كما جزم به في « أصل الروضة » فيما لو صالح علىٰ عبد أو ثوب ، وظاهره جواز ذلك ولو زادت قيمته على الدية ؛ فإنه قال بالجواز وإن لم تكن الدية معلومة لهما[4] .

٤٧٠١ـ قوله : (**ولو قال رشيدٌ : « اقطعني » ففعل . . فهدرٌ**)[5] مقتضاه : أن السفيه ليس كذلك مع أنه لا فرق فيه بين الرشيد والسفيه ، والذي لا تأثير لإذنه هو الصبي ، وكذا العبد في إسقاط المال ، وتقدم في إسقاط القصاص وجهان ، وأن شيخنا الإمام رجح سقوطه ، ولو قال « المنهاج » : (حر مكلف) . . لوفىٰ بالمقصود ، وعبارة « المحرر » : (المالك لأمره)[6] .

٤٧٠٢ـ قوله : (**فإن سرىٰ أو قال : « اقتلني » . . فهدرٌ ، وفي قولٍ : تجب ديةٌ**)[7] يقتضي أنها دية كاملة ، وهو كذلك في الثانية بناء علىٰ ثبوتها للورثة ابتداء ، وأما في الأولىٰ . . فإنما تجب نصف

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٢/ ٩٩) .
(٢) المنهاج (ص ٤٨١) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٤٨١) .
(٤) الروضة (٩/ ٢٥٠) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٤٨١) .
(٦) المحرر (ص ٤٠٠) .
(٧) انظر « المنهاج » (ص ٤٨١) .

دية ، كذا حكي عن ابن الرفعة ، لكن صرح الرافعي والنووي بإيجاب الدية الكاملة علىٰ هـٰذا القول في الصورتين[1] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وهو كذلك موجود في تصانيف الطريقتين ، ولم يقل أحد منهم أن الواجب علىٰ هـٰذا القول نصف الدية .

٤٧٠٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٧] : (**وإن قطع اليدين من الجاني ثم عفا عن القصاص . . لم تجب الدية ، وإن قطع إحداهما ثم عفا عن القصاص . . وجب له نصف الدية**) محله : ما إذا عفىٰ على الدية ، أو مطلقاً وقلنا : الواجب أحدهما ، أما إذا قلنا : الواجب القود عيناً . . ففي استحقاقه طريقان ، **أحدهما** : لا قطعاً ، **والثانية** : طرد الخلاف ، ثم جميع ذلك فيما إذا استوت دية الجاني والمجني عليه ، أما لو كانت دية الجاني أقل ؛ بأن كان امرأة والمقتول رجلاً . . ففي الصورة الأولىٰ ؛ إن قلنا : موجب العمد أحد الأمرين . . فله مطالبتها بنصف الدية ، وإن قلنا : موجبه القود . . لم يستحق شيئاً ؛ لأنه لو قتلها . . لكان مستوفياً ، وقد استوفىٰ ما يوازي نفسها ، وفي الصورة الثانية إن قلنا : الواجب أحد الأمرين . . طالبها بثلاثة أرباع الدية ، وإلا . . طالبها بنصفها .

٤٧٠٤ـ قوله : (**وإن قطع إصبع رجل فقال : « عفوت عن هـٰذه الجناية وما يحدث منها »** . . . إلىٰ آخره)[2] فيه أمران :

أحدهما : أنه يفهم اختصاص ما ذكره من الأحكام بأن يقول : وما يحدث منها ، وليس كذلك ، فسواء ذكرها أم لا .

ثانيهما : صور « المنهاج » و« الروضة » وأصلها المسألة بأن يعفو عن قوده وأرشه[3] ، قال في « أصل الروضة » : ولو قال : (**عفوت عن هـٰذه الجناية**) ولم يزد . . نص في « الأم » أنه عفو عن القصاص ، وعن الأصحاب : أنه تفريع علىٰ قولنا : موجب العمد القود ، فإن قلنا : أحد الأمرين . . ففي بقاء الدية احتمالان للروياني . انتهىٰ[4] .

وسبق الروياني إلى الاحتمالين المحاملي ، وجزم الماوردي بأنه عفو عنهما علىٰ هـٰذا القول[5] .

---

(١) فتح العزيز (١٠/٢٩٦) ، الروضة (٩/٢٤٢ ، ٢٤٣) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢١٨) .
(٣) المنهاج (ص ٤٨١) ، الروضة (٩/٢٤٣) .
(٤) الروضة (٩/٢٤٣) ، وانظر « الأم » (٦/١٥) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٢/٩٨) .

٤٧٠٥- قول « المنهاج » في المسألة [ص ٤٨١] : (**وإن سرىٰ . . فلا قصاص**) المراد : إلى النفس كما صرح به « المحرر » و« التنبيه »[(١)] ، فإنه لو سرىٰ إلىٰ بعض الأعضاء . . لم يجب قصاص مطلقاً وإن لم يعف ، وعليه يدل قول « التنبيه » فيما لو سرىٰ إلى الكف [ص ٢١٨] : (**وجبت دية بقية الأصابع**) ، وقول « المنهاج » [ص ٤٨١] : (**ضمن دية السراية في الأصح**) فدل علىٰ أنه لا يجب قصاصها .

٤٧٠٦- قول « المنهاج » [ص ٤٨١] : (**وأما أرش العضو : فإن جرىٰ لفظ وصية ؛ كـ « أوصيت له بأرش هـٰذه الجناية » . . فوصية لقاتل**) قال شيخنا الإمام البلقيني : هـٰذا لا يناسب ما فرض الكلام فيه ، من أنه عفىٰ عن قود القطع وأرشه .

قلت : ولذلك لم يفصل « التنبيه » ، وإنما حكىٰ خلافاً فقال [ص ٢١٨] : (**وهل تسقط الدية ؟ فقد قيل : إن ذلك وصية للقاتل وفيها قولان ، وقيل : هو إبراء ، فيصح في أرش الإصبع ولا يصح في النفس ، فيجب عليه تسعة أعشار الدية**) والثاني هو **الأصح** .

٤٧٠٧- قول « المنهاج » [ص ٤٨١] : (**أو لفظ إبراءٍ أو إسقاطٍ ، أو عفوٍ سقط ، وقيل : وصيةٌ**) قال شيخنا الإمام البلقيني : هـٰذا الذي ذكر أنه وجه ضعيف هو نص « الأم » حيث قال : (ولو جرحه رجل عمداً ثم عفا المجروح عن القود القتل والقصاص في الجرح ، ثم مات من الجرح ؛ فمن لم يُجِز الوصية للقاتل . . أبطل العفو ، وجعل الدية ثابتة ؛ لأن هـٰذه وصية لقاتل)[(٢)] ، قال شيخنا : وهـٰذا **هو الحق** ؛ فإنه لا فرق بين أن يوصي للقاتل ، أو يهبه في مرض موته ، أو يعفو عن دين له عليه ، كما لا يفترق حال الوارث في ذلك . انتهىٰ .

٤٧٠٨- قوله : (**وتجب الزيادة عليه إلىٰ تمام الدية ، وفي قول : إن تعرض في عفوه لما يحدث منها . . سقطت**)[(٣)] محل هـٰذا الخلاف : إذا جرىٰ لفظ العفو أو الإبراء ، **أما** إذا جرىٰ لفظ الوصية ؛ كقوله : (أوصيت بأرش هـٰذه الجناية وبأرش ما يحدث منها) . . ففيه قولا الوصية للقاتل ، **أصحهما** : الصحة ، فيجيء في جميع الدية ما ذكر في دية العضو المجني عليه .

قال في « الروضة » : وهـٰذا كله إذا كان الأرش دون الدية ، **أما** إذا قطع يديه فقال : (عفوت عنها وما يحدث منها) فإن لم تصح الوصية . . وجبت الدية بكمالها ، وإن صححناها . . سقطت بكمالها إن وفىٰ بها الثلث ، سواء صححنا الإبراء عما لم يجب أم لا[(٤)] .

(١) المحرر (ص ٤٠٠) ، التنبيه (ص ٢١٨) .
(٢) الأم (٦/١٠) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٤٨١) .
(٤) الروضة (٩/٢٤٣ ، ٢٤٤) .

قال ابن الرفعة : وعلىٰ من صحح العفو عن أرش الإصبع دون القدر الزائد عليه من الدية ؛ لكونه إبراء سؤالٌ لا يكاد يندفع ، ويحتاج في تقريره إلىٰ تجديد العهد بأصلين :

أحدهما : أن الإبراء عن المجهول غير صحيح **على المذهب** .

والثاني : أن الجراحات إذا سرت إلى النفس وأفضى الأمر إلى الدية . . لا نظر إلىٰ أروشها ، سواء كانت مقدرة أو غير مقدرة ، بل الواجب كما قال الإمام : دية واحدة عن النفس ، لا عن الأطراف[1] ، ولا يختلف مذهبنا في ذلك ، وإذا كان كذلك . . فالإبراء حصل عما قابل الإصبع من الدية ، وقد تبينا بآخر الأمر أن لا مقابل لها ، ولو قيل : بأن لها مقابلاً . . فليس هو عشراً من الإبل ، بل جزء من الدية ، وهو مجهول ، وقضية ذلك أن لا يصح فيما ادعوه ، ثم أطال ابن الرفعة في جواب ذلك ورد الأجوبة .

٤٧٠٩ـ قوله : (**ومن له قصاص نفسٍ بسرايةِ طرفٍ لو عفا عن النفس . . فلا قطع له**)[2] نازع فيه شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : **المعتمد** : أنه له القطع ، وصرح به في « البسيط » فقال : فإن عفا عن النفس . . فله القطع ؛ ويدل له نص الشافعي علىٰ أنه لو قطع مسلم يد مسلم فارتد المجروح ومات بالسراية . . أنه يقتص من الجاني المسلم في الطرف وإن كانت النفس قد سقط قصاصها[3] ، فلم يجعل سقوط القصاص في النفس التي ماتت بالسراية مقتضياً لسقوط القصاص في الطرف ، قال شيخنا : وما ذكره « المنهاج » لم أره في كلام أحد قبل الرافعي إلا البغوي والخوارزمي[4] ، وتعليل الرافعي بأن المستحق هو القتل ، والقطع طريقه ، وقد عفا عن المستحق مردود ؛ فلا يتعين القطع في طريق القتل ، بل له حز الرقبة ابتداء وقطع الطرف ثم حز الرقبة بعده[5] .

٤٧١٠ـ قوله : (**ولو قطعه ثم عفا عن النفس مجاناً ، فإن سرى القطع . . بان بطلان العفو ، وإلا . . فيصح**)[6] لا حاجة لقوله : (**مجاناً**) فإنه لا فرق بين العفو مجاناً أو علىٰ عوض غير الدية أو علىٰ ما بقي من الدية بعد المقطوع ، وتبين بطلان العفو مبني علىٰ أن السراية تقع قصاصاً ، وهو الذي في « المنهاج » كما تقدم ، فإن قلنا بما حكاه ابن كج عن عامة الأصحاب ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه القياس أنها لا تقع قصاصاً . . فلا يتبين بطلانه ، بل إن كان مجاناً . . فالسراية مهدرة ، أو علىٰ عوض غير الدية أو علىٰ ما بقي من الدية . . استقر العوض .

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٤٣٥ ، ٤٣٦) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٤٨٢) .

(٣) انظر « الأم » (٦/ ٤٥) .

(٤) انظر « التهذيب » (٧/ ١٢٦) .

(٥) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٣٠٣) .

(٦) انظر « المنهاج » (ص ٤٨٢) .

٤٧١١ـ قوله : (**ولو وكل ثم عفا فاقتص الوكيل جاهلاً . . فلا قصاص عليه ، والأظهر : وجوب دية**)[١] قيده الماوردي بأن يكون علىٰ مسافة يمكن إعلام الوكيل بالعفو فيها ، فلو كان علىٰ مسافة عشرة أيام وعفا الموكل قبل القصاص بخمسة أيام . . كان عفوه باطلاً لا حكم له[٢] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : ومقتضاه : أن لا يجب على الوكيل الدية قطعاً ، وهـٰذا وإن لم يتعرض له غيره فتعليلهم قد يرشد إليه .

٤٧١٢ـ قوله : (**وأنها عليه لا علىٰ عاقلته**)[٣] يقتضىٰ أن الخلاف في ذلك قولان ، وعبر في « الروضة » **بالأصح** ، ثم الوجهان مفرعان علىٰ قولنا : إنها مغلظة كما هو **أظهر** القولين ، فإن قلنا : مخففة . . فهي على العاقلة[٤] .

٤٧١٣ـ قوله : (**والأصح : أنه لا يرجع على العافي**)[٥] يقتضي أن الخلاف وجهان ، وكذا في « الروضة »[٦] ، لكنه في « شرح الرافعي » طريقان : قولان ، والقطع بعدم الرجوع[٧] .

ورجح شيخنا الإمام البلقيني طريقة القطع ، قال : وفي بعض نسخ « المنهاج » : (وأنه لا يرجع بها على العافي) فيكون من جملة ما الخلاف فيه قولان ، قال : ومحل الخلاف : ما إذا لم ينسب الموكِل إلىٰ تقصير في الإعلام ، فإن نسب إلىٰ تقصير . . **فالأرجح** : أن الوكيل يرجع عليه ؛ لأنه لم ينتفع بشيء ، بخلاف الزوج المغرور لا يرجع بالمهر علىٰ من غرّه في **الأظهر** ؛ لانتفاعه بالوطء ، وكذا إذا قدم طعاماً مغصوباً ولم يقل : هو مغصوب . . فإن الآكل لا يرجع في **الأظهر** ؛ لانتفاعه بالأكل .

٤٧١٤ـ قوله : (**ولو وجب قصاص عليها فنكحها عليه . . جاز وسقط ، فإن فارق قبل الوطء . . رجع بنصف الأرش ، وفي قول : بنصف مهر المثل**)[٨] أنكر شيخنا الإمام البلقيني هـٰذا القول الثاني ، وقال : لم أقف عليه في شيء من كتب الطريقين إلا في « تهذيب البغوي » ومن تبعه[٩] ، وهو شذوذ من البغوي مردود عليه خارج عن قاعدة المذهب ؛ فإن المستحق للزوج عند الفراق قبل

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٤٨٢) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٢/ ١١٣) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٤٨٢) .
(٤) الروضة (٩/ ٢٤٨) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٤٨٢) .
(٦) الروضة (٩/ ٢٤٩) .
(٧) فتح العزيز (١٠/ ٣٠٦ ، ٣٠٧) .
(٨) انظر « المنهاج » (ص ٤٨٢) .
(٩) التهذيب (٧/ ١٣٠) .

الدخول إنما هو بدل التالف لا بدل البضع ، وقد نص في « الأم » على المسألة بعينها ، وصرح بأنه يرجع بنصف الأرش[1] .

قلت : ويوافقه ما في « أصل الروضة » فيما لو أصدقها تعليم سورة ، فعلمها ثم طلقها قبل الدخول . . أنه يرجع عليها بنصف أجرة التعليم[2] .

* * *

---

(١) الأم (١٧/٦) .

(٢) الروضة (٣٠٧/٧) .

كتاب الدّيات

٤٧١٥ـ قولهما ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**دية الحر المسلم مئة من الإبل**)[١] كان ينبغي أن يقولا : (الذكر) ولعلهما سكتا عن ذلك لفهمه من النطق به مذكراً ، ثم محل ذلك : إذا لم يكن في القاتل رق ، فإن كان رقيقاً لغير المقتول أو مكاتباً ولو له . . فالواجب أقل الأمرين من قيمة الرقيق والدية على **الأظهر** ، وإن كان مبعّضاً . . لزمه لجهة الحرية القدر الذي يناسب الحرية من نصف أو ثلث ، ويتعلق بالقدر الرقيق أقل الأمرين من الحصة من الدية والحصة من القيمة .

٤٧١٦ـ قولهم : (**مُثَلَّثَة في العمد**)[٢] يقتضي اختصاص ذلك بدية النفس ولو ناقصة ، وليس كذلك ؛ فالأطراف يأتي فيها عند العمد المحض وانتفاء القصاص التثليث على الجاني ، نص عليه في « الأم » و« المختصر » ، واتفق عليه الأصحاب .

٤٧١٧ـ قولهم : (**ومُخَمَّسَة في الخطأ**) ، والعبارة لـ« المنهاج » : (**عشرون بنت مخاض ، وكذا بنات لبون وبنو لبون وحقاق وجذاع**)[٣] هو **المنقول** ، لكن اختار شيخنا الإمام البلقيني علىٰ أصل الشافعي وجوب عشرين من بني مخاض بدل بني اللبون ؛ لأنه أقل ما قيل في ذلك ، قال به ابن مسعود وأبو حنيفة وأحمد وإسحاق ، وإنما أوجب الشافعي بني اللبون ؛ لاعتقاده أنه أقل ما قيل ؛ فإنه لم يبلغه مذهب ابن مسعود في ذلك ، وسبقه إلى اختيار ذلك لهٰذا المدرك ابن المنذر[٤] ، وكلام البيهقي يقتضي ذلك وإن لم يصرح به[٥] ، ولم يصح في ذلك حديث مرفوع ، والله أعلم .

٤٧١٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٣] : (**فإن قتل في الحرم**) أي : حرم مكة ، كما صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[٦] ، ولا يلتحق بذلك حرم المدينة **على الصحيح** ، واختار شيخنا الإمام البلقيني إلحاقه به ؛ لأن الخلاف في ذلك مبني على الخلاف في ضمان صيده ، **والمختار** عند النووي : ضمانه صيده بسلب الصائد[٧] ، وفي كلامهم معاً أمور :

أحدها : أن ظاهر كلام « التنبيه » و« المنهاج » يقتضي أنه لا فرق بين أن يكون القاتل والمقتول

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٢) ، و« المنهاج » (ص ٤٨٣) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٢) ، و« الحاوي » (ص ٥٥٦) ، و« المنهاج » (ص ٤٨٣) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٢ ، ٢٢٣) ، و« الحاوي » (ص ٥٥٢) ، و« المنهاج » (ص ٤٨٣) .

(٤) انظر « الإشراف علىٰ مذاهب العلماء » (٧/ ٣٩٢ ، ٣٩٣) .

(٥) انظر « معرفة السنن والآثار » (٦/ ٢٠٢) .

(٦) الحاوي (ص ٥٥٣) ، المنهاج (ص ٤٨٣) .

(٧) انظر « الروضة » (٣/ ١٦٩) .

في الحرم أو أحدهما فقط فيه ، وصرح به « الحاوي » بقوله [ص ٥٥٣] : (**رمياً أو إصابة**) وهـٰذا هو **المنقول** ، وألحق به في « المطلب » ما إذا جرحه والمجروح في الحرم فخرج المجروح إلى الحل ومات فيه .

قال شيخنا الإمام البلقيني : ومقتضى الإلحاق بالصيد : أنه لو كان بعض القاتل أو المقتول في الحل وبعضه في الحرم ، أو قطع السهم في مروره هواء الحرم وهما في الحل . . غلظت الدية ، قال شيخنا : وعندي أن إلحاق ذلك بالصيد بعيد ، وأن الاعتبار بأن يكون القتيل أو الجريح في الحرم سواء أكان القاتل أو الجارح في الحرم أم لا ، وهو ظاهر نص الشافعي في كتبه وكلام كثير من أصحابه .

ثانيها : أنه لا يختص التغليظ بالقتل ؛ فالجراح في الحرم مغلظة وإن لم يمت منها ، وقد نص عليه في « المختصر » **فقال** : (وكذلك التغليظ في النفس والجراح في الشهر الحرام والبلد الحرام وذي الرحم)[1] ، وصرح به الشيخ أبو حامد .

ثالثها : مقتضىٰ كلامهم : أنه لا تغليظ في الجنين ولو قتل في الحرم ، وبه صرح الشيخ أبو حامد ، لكن نص في « الأم » علىٰ خلافه ، فقال : (وقيمة الغرة نصف عشر دية الرجل المسلم ، وذلك في العمد وعمد الخطأ خمس من الإبل خمساها وهو بعيران قيمة خلفتين ، وثلاثة أخماسها قيمة ثلاث جذاعٍ وحقاقٍ من إبل عاقلة الجاني) ، ثم قال : (وفي الخطأ عن قيمتها : خمس من الإبل أخماساً قيمة بنت مخاض وقيمة بنت لبون وقيمة ابن لبون ذكر وقيمة حقة وقيمة جذعة)[2] .

٤٧١٩ـ قول « الحاوي » [ص ٥٥٣] : (**ولذي رحم**) يقتضي الاكتفاء بذلك وإن لم يكن محرماً ، وبه **قال** الشيخ أبو حامد ، وحكي عن القفال ، واختاره الشيخ أبو محمد والروياني ، **وقال** شيخنا الإمام البلقيني : إنه **الأرجح** ، وحكاه عن ظاهر نص « الأم » و« المختصر » فإنه لم يعتبر فيهما إلا كونه ذا رحم[3] ، لكن **صحح** الرافعي والنووي اشتراط المحرمية أيضاً[4] ، وحكى القاضي حسين إجماع الأصحاب عليه ، وعليه مشى « التنبيه » و« المنهاج »[5] ، ولا تغليظ لمحرمية الرضاع والمصاهرة قطعاً .

---

(١) مختصر المزني (ص ٢٤٤) .

(٢) الأم (٦/١٠٩) .

(٣) الأم (٦/١١٣) ، مختصر المزني (ص ٢٤٤) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (١٠/٣١٦) ، و« الروضة » (٩/٢٥٥) .

(٥) التنبيه (ص ٢٢٣) ، المنهاج (ص ٤٨٣) .

٤٧٢٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٣] : (**ولا يؤخذ فيها معيب ولا مريض**) و« الحاوي » [ص ٥٥٦] : (**لا المعيب**) ، قال في « المنهاج » [ص ٤٨٣] : (**إلا برضاه**) والمراد : العيب المثبت للرد في البيع .

٤٧٢١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٣] : (**ويثبت حَمْلُ الخلفة بأهل الخبرة**) و« الحاوي » بقول [ص ٥٥٣] : (**أهل البصر**) المراد : عدلان منهم .

٤٧٢٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٣] : (**والأصح : إجزاؤها قبل خمس سنين**) يقتضي أن الخلاف وجهان ، وهو في « الروضة » وأصلها قولان ، ولم يعتبروا لنهاية سنها حداً[١] ، وروى النسائي بإسناد رجاله ثقات في حديث مرفوع : « منها أربعون ثنية إلىٰ بازل عامها كلهن خلفة »[٢] ومقتضاه : أنها لا تجزىء إذا جاوزت بازل عام ، وذلك بعد تسع سنين ، وقد يكون بعد ثمان ؛ لأن البازل ما فطرنا به ؛ أي : انشق ، وذلك في السنة التاسعة ، وربما بزل في الثامنة .

وقد اعتبر ذلك شيخنا الإمام البلقيني وقال : لم يبلغ الشافعي رضي الله عنه هـٰذا الخبر بهـٰذه الزيادة ، ولو بلغه وثبت عنده . . لقال به ، قال : ووهم صاحب « المطلب » فقال : إن مقتضىٰ هـٰذا الحديث : ما حمل بعد استكمال خمس سنين وما بعدها إلىٰ إحدىٰ عشرة سنة ؛ لأنه الذي يقال فيه بازل عام ثم بازل عامين وهـٰكذا .

٤٧٢٣ـ قولهما ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**وإن كان للقاتل أو العاقلة إبل . . وجبت الدية منها ، وإن لم يكن لهم إبل . . وجبت من غالب إبل البلد**)[٣] فيه أمور :

أحدها : أن مقتضاه : أنه لا يعدل إلىٰ غالب إبل البلد إلا إذا لم يكن للقاتل أو العاقلة إبل ، ومقتضىٰ كلام « الروضة » وأصلها : أنه مخير بينهما ؛ فإنه قال فيما إذا كان يملك إبلاً من غير غالب إبل البلد : أخذت أيضاً من أي صنف كانت ، هـٰذا هو **الصحيح** ، وبه قطع الأكثرون ، وهو ظاهر نصه في « المختصر » ، فقوله أيضاً يدل علىٰ قبول إبل البلد ؛ ويدل له قوله بعده : ولو دفع نوعاً غير ما في يده . . أجبر المستحق علىٰ قبوله إذا كان غالب إبل البلد أو القبيلة كذلك ، وحكاه الرافعي عن البغوي[٤] ، ويوافقه قول « الحاوي » [ص ٥٥٦] : (**من غالب إبل البلد أو إبله**) .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه ليس بمعتمد .

ثانيها : مقتضاه : أنه إذا تفرقت العاقلة في البلدان أو القبائل . . أخذت حصة كل واحد منهم من

---

(١) فتح العزيز (١٠/ ٣٢١) ، الروضة (٩/ ٢٦٠) .
(٢) سنن النسائي (٤٧٩٤) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٣) ، و« المنهاج » (ص ٤٨٣) .
(٤) فتح العزيز (١٠/ ٣٢٢ ، ٣٢٣) ، الروضة (٩/ ٢٦٠ ، ٢٦١) ، وانظر « مختصر المزني » (ص ٢٤٤) ، و« التهذيب » (٧/ ١٣٩) .

غالب إبل بلدته أو قبيلته ، وهو كذلك ، لكن حكى الرافعي عن أبي الفرج الزاز أنه قال : هٰذا لا يتحقق تصوره في تفرق الآحاد ؛ فإن الواجب على الواحد منهم لا يبلغ ما يؤخذ به الإبل ، وإنما يظهر التصوير إذا كان بطنٌ في قبيلة أو بلدة وبطنٌ في أخرىٰ[١] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : ومقتضاه : أنه عند تفرق الآحاد يتعذر رعاية غالب البلد ، فيحتمل أن يراعىٰ حينئذ غالب أقرب بلد إلى الكل ، فإن تفرقوا بحيث كان لكل واحد بلد أقرب . . تعذر أيضاً رعاية أقرب البلاد ، فينتقل إلى القيمة كما لو عدمت الإبل ، والمصير إلىٰ أن يؤخذ من إبل كل واحد بقدر الواجب عليه بحيث تتكثّر الأشقاص على المستحق بعيد ؛ لما فيه من النقص الداخل عليه ، قال : ومقتضىٰ هٰذا : أنه لو كان للعاقلة إبل مختلفة وأخذنا من كل واحد الواجب عليه شقص بعير بحيث تتكثّر الأشقاص . . سقط اعتبار إبله أيضاً ، قال : فأما لو تعددت الجناة في العمد وكل واحد في بلد ولا إبل له ، أو كانوا في بلد ولكل واحد إبل تخالف إبل الآخر . . فهل نقول : تؤخذ الأشقاص لتعدد الجناة بخلاف العاقلة فإنها تحملت عن الجاني الواحد ، أو يراعىٰ حق المجني عليه فيؤخذ له قيمة الإبل بالكامل منهم للتعذر ؟ لم أر من تعرض لهٰذا ، **والأول أرجح** . انتهىٰ .

ثالثها : أنه يدخل في ذلك بيت المال إذا انتهى الحال إليه في الدية ولم يكن له إبل . . فمقتضاه : أنه يجب منه غالب إبل البلد ، **ورجح** شيخنا الإمام البلقيني : أن الواجب في هٰذه الحالة القيمة ، وأن اعتبار غالب إبل البلد متعذر ؛ لأن المراد ببيت المال في حق من لا وارث له إذا مات : أهل البلد الذي يموت فيه دون غيرهم ، وإلى الآن لم يمت الجاني ، وإذا أريد ببيت المال : جهة الإسلام . . كان اعتبار بلد بعينها دون غيرها تحكماً .

رابعها : ذكر شيخنا الإمام البلقيني أن كل من أوجبنا عليه أن يفدي بأقل الأمرين من القيمة وأرش الجناية . . لا يقضىٰ عليه بالإبل ، فإذا كان الأقل القيمة دفعها من النقد أو الأرش . . فالخيار له إن شاء أعطى الأرش إبلاً وإن شاء أعطىٰ بقدر الأرش من قيمة العبد نقداً ، قال : ولم أر من صرح به ، ثم ذكر من كلامهم ما يدل عليه .

خامسها : أن مقتضاه : أنه إذا لم يكن له إبل يؤخذ الواجب منها لعيب فيها . . الانتقال إلىٰ غالب إبل بلده ، وليس كذلك ، بل يتعين نوع إبله ، وعليه تحصيله سليماً ، نص عليه في « الأم »[٢] ، كذا أورده شيخنا الإمام البلقيني ، وهو مخالف لما قدمناه عن مقتضىٰ كلام « الروضة » وأصلها من تخييره بين إبله وإبل البلد[٣] ، وتقدم عنه أنه ليس بمعتمد .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٣٢٢) .

(٢) الأم (٦/ ١١٤) .

(٣) فتح العزيز (١٠/ ٣٢٢ ، ٣٢٣) ، الروضة (٩/ ٢٦٠ ، ٢٦١) .

وهـٰذه الأمور الأربعة إن صحت . . وردت على « الحاوي » أيضاً ، ويختص « التنبيه » و« الحاوي » بأن قولهما : (**إبل بلد**) يخرج عنه من ليس من أهل البلاد ، وهو البدوي ، فالعبرة بقبيلته ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٤٨٣] : (**أو قبيلة بدوي**) فلو لم يكن في بلده ولا لقبيلته إبل . . وجب من غالب إبل أقرب البلاد إليه ، وقد صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[١] .

ومحله : فيما إذا قربت المسافة ولم تعظم مؤنة النقل ، فإن بعدت وعظمت المؤنة والمشقة . . لم يلزمه ، وسقطت المطالبة بالإبل ، كما جزم به في « الروضة » وأصلها ، قال : وأشار بعضهم إلىٰ ضبط البعيد بمسافة القصر ، وقال الإمام : لو زادت مؤنة إحضارها علىٰ قيمتها في موضع العزة . . لم يلزمه تحصيلها ، وإلا . . فيلزم[٢] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إجراء هـٰذا الكلام علىٰ ظاهره متعذر ، وتأويله : أنه إذا زادت بمؤنة إحضارها علىٰ قيمتها في موضع العزة . . فلا بد من إدخال الباء علىٰ مؤنة ؛ ليستقيم المعنىٰ .

واعلم : أن المذكور هنا قد يظن مخالفته ؛ لقولهم في العاقلة إن علىٰ غني نصف دينار ، ومتوسط ربع دينار كل سنة من الثلاث وليس كذلك ، وقد قال الرافعي والنووي هناك : يشبه أن يكون المرعي في إيجاب الربع والنصف مقدارهما ، لا أنه يجب على العاقلة بذل الدنانير بأعيانها ؛ لأن الإبل هي التي تجب في الدية ، وما يؤخذ يصرف إلى الإبل ، وللمستحق ألا يقبل غيرها . انتهىٰ[٣] .

٤٧٢٤ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٣] : (**ولا يعدل إلىٰ نوع وقيمة إلا بتراضٍ**) و« التنبيه » [ص ٢٢٣] : (**فإن تراضيا علىٰ أخذ العوض عن الإبل . . جاز**) فيه أمران :

أحدهما : قال في « البيان » : كذا أطلقوه ، وليكن مبنياً علىٰ جواز الصلح عنها ، حكاه عنه في « الروضة » وأصلها من غير اعتراض عليه[٤] ، وجزم به الرافعي قبل ذلك بأربعة أوراق[٥] ، ومقتضاه : تصحيح المنع ؛ فإن **الأصح** : منع الصلح عن إبل الدية إذا لم توجب الجناية قصاصاً ، وحمل ذلك في « المطلب » علىٰ حالة العلم بصفاتها مع العلم بأسنانها ومقاديرها ؛ فإن الغزالي قال في الصلح في هـٰذه الحالة بالصحة جزماً ، وإن حكى الخلاف في حالة الجهل بالصفة .

ورده شيخنا الإمام البلقيني : بأن العلم بصفاتها جاء من قضية الواقع المعين ، والواقع المعين لم يقع أخذ القيمة عنه ؛ لأن ذلك يستدعي أن يملكه مستحق الإبل ، ثم يأخذ عنه القيمة حيث يجوز

---

(١) الحاوي (ص ٥٥٦) ، المنهاج (ص ٤٨٣) .
(٢) فتح العزيز (١٠/ ٣٢٢) ، الروضة (٩/ ٢٦٠) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٣٢١) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٤٧٩) ، و« الروضة » (٩/ ٣٥٦ ، ٣٥٧) .
(٤) البيان (١١/ ٤٨٩) ، فتح العزيز (١٠/ ٣٢٣) ، الروضة (٩/ ٢٦١) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٣٢٠) .

بيعه ، وإنما وقع أخذ القيمة عن الذي في الذمة وهو مجهول الصفة ، قال شيخنا : وجواب ما قاله صاحب « البيان » : أن الصلح عن إبل الدية وقع علىٰ عوض غير قيمتها وهي مجهولة الصفة ، فجاء الخلاف في الاعتياض عنها ، وأما التراضي علىٰ أخذ القيمة . . فإنه يُنزل الإبل منزلة العدم ، ولو عدمت . . عدل إلىٰ قيمتها **على المذهب** ، قال : وقد نص في « الأم » علىٰ جواز أخذ القيمة بالتراضي مع وجود الإبل[1] .

ثانيهما : أورد عليه شيخنا الإمام البلقيني : أن العدول من نوع إلىٰ نوع بالتراضي اعتياض ؛ ولهـٰذا **صححوا** في السلم : أنه لا يجوز أن يستبدل عنه غير نوعه ، والاعتياض عن إبل الدية لا يصح **في الأصح** ، ثم ذكر أن هـٰذا الإيراد على النووي علىٰ طريقته وإن كان الفتوىٰ عند الشيخ في (السلم) على الجواز ، وكلام الشافعي رضي الله عنه يقتضيه ، والله أعلم .

٤٧٢٥ـ قولهما ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**ولو عدمت . . فالقديم : ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم**)[2] فيه أمور :

أحدها : أنه يقتضي التخيير بينهما ، **والجمهور** أن علىٰ أهل الذهب ذهباً ، وعلىٰ أهل الورق ورقاً .

ثانيها : أن مقتضى « المنهاج » : استواء المغلظة وغيرها ، وأنه لا يزاد للتغليظ شيء ، وهو **الأصح** في « الروضة » وأصلها[3] ، لكن **صحح** شيخنا الإمام البلقيني مقابله ، وعليه مشى « التنبيه » فقال [ص ٢٢٣] : (**ويزداد التغليظ قدر الثلث**) .

ثالثها : أنه صريح في توقف إيجاب النقدين علىٰ عدم الإبل ، وكذا حكاه الأكثرون عن **القديم** ، لكن قال شيخنا الإمام البلقيني : إنه يقرب من خرق الإجماع ، وإن النقدين يجبان ابتداءً مع وجود الإبل **على القديم** ، لا بالتخيير ، بل بالنظر إلىٰ حالة من يلزمه .

٤٧٢٦ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج »ـ : (**والجديد : قيمتها**)[4] أورد عليه شيخنا الإمام البلقيني : أنه يعدل **على الجديد** إلى القيمة أيضاً فيما إذا بيعت في البلد وما قرب منه هي والنوع الغالب في أقرب البلاد إليه بأكثر من ثمن المثل .

٤٧٢٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٣] : (**بنقد بلده**) قال شيخنا ابن النقيب : لم أدر أي بلد هو ؛ أبلد الجاني أم المجني عليه أم الولي القابض أم الذي يجب التحصيل منه ؟ لم أر تصريحا بشيء منه[5] .

---

(١) الأم (٦/١١٤) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٣) ، و« المنهاج » (ص ٤٨٣) .
(٣) فتح العزيز (١٠/٣٢٥) ، الروضة (٩/٢٦٢) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٣) ، و« الحاوي » (ص ٥٥٦) ، و« المنهاج » (ص ٤٨٣) .
(٥) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٧/٢٢٥) .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : كلامه يوهم أن المراد : بلد من لزمته كما سبق في قوله : (**وإلا . . فغالب إبل بلده**) وليس كذلك ، فالمراد هنا : بلد العدم المفهوم من قوله : (**فإن عدمت**) .

وفي « أصل الروضة » : هل تعتبر قيمة موضع الوجود أم موضع الإعواز لو كانت فيه إبل ؟ وجهان : **أصحهما** : الثاني[1] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : ومحل الخلاف : أن تعدم الإبل في بلد الجاني وفي أقرب البلاد إليه ، وتوجد في بلد لا يجب النقل من مثله . . فهل تعتبر قيمة موضع الوجود الذي لا يجب النقل من مثله ، أم موضع الإعواز وهو أقرب البلاد ؟ قال : واعتبار موضع الوجود غلط فاحش ، وموضع الإعواز مشكل ؛ إذ ليس به شيء تعتبر قيمته ، إلا أن يحمل علىٰ أنه به نوعاً معيباً . . فيقوم سليماً باعتبار موضع الإعواز .

٤٧٢٨ـ قولهم : (**ودية اليهودي والنصراني ثلث دية السلم**)[2] المراد : من تحل مناكحته ، فمن لا يعرف دخول أصوله في ذلك الدين قبل النسخ أو بعده ، أو قبل التحريف أو بعده . . لا يناكح ، ويقر بالجزية ، وتجب فيه دية مجوسي .

٤٧٢٩ـ قولهما : (**ومجوسي ثلثا عُشر مسلم**)[3] لو عبرا بثلث خمس كما عبر به « الحاوي »[4] . . لكان أولىٰ ؛ لتصويب الحساب له ؛ لكونه أخصر ؛ فإن في الثلثين تكريراً ليس في الثلث .

٤٧٣٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٣] : (**ومن لم تبلغه الدعوة . . فالمنصوص : أنه إن كان يهودياً أو نصرانياً . . وجب ثلث الدية**) محمول علىٰ ما إذا تمسك من ذلك بغير مبدل ، فإن تمسك بالمبدل . . فالواجب فيه دية مجوسي ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٥٥٦ ، ٥٥٧] : (**ومن لم تبلغه دعوة نبي أو دعوتنا وبدّل . . ثلث الخمس ، وإن لم يبدِّل . . فدية دينه**) و« المنهاج » [ص ٤٨٤] : (**والمذهب : أن من لم يبلغه الإسلام إن تمسك بدين لم يُبدَّل . . فدية دينه ، وإلا . . فكمجوسي**) لكن تعبيره بالمذهب يقتضي أن الخلاف فيه طريقان ، وهو في « الروضة » وأصلها وجهان[5] ، وقد عرفت أن « التنبيه » حكىٰ أحدهما عن النص ، ورجح شيخنا الإمام البلقيني ما اقتضاه كلام « التنبيه » من وجوب ثلث الدية ولو تمسك بمبدل ، وقال : إنه ظاهر النص ، ورجحه جماعة ، ودخل في قول « المنهاج » [ص ٤٨٤] : (**وإلا . . فكمجوسي**) من لم تبلغه دعوة

---

(١) الروضة (٩/٢٦٢) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٣) ، و« الحاوي » (ص ٥٥٦) ، و« المنهاج » (ص ٤٨٤) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٣) ، و« المنهاج » (ص ٤٨٣) .
(٤) الحاوي (ص ٥٥٧) .
(٥) فتح العزيز (١٠/٣٣٢) ، الروضة (٩/٢٥٩) .

نبي أصلاً ، وليست في « المحرر » ، وهي التي فيها في « الروضة » وأصلها طرق ، فكان تعبير « المنهاج » بالمذهب باعتبار مجموع المسألة .

فصل

[في الشجاج التي تجب فيها الحكومة]

٤٧٣١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٤] : (**والموضحة : ما توضح العظم في الرأس والوجه ، وفيها خمس من الإبل**) قيد ذلك « المنهاج » بقوله [ص ٤٨٤] : (**لحر مسلم**) وأهمل التقييد بكونه ذكراً ، ولم يذكرا معاً صفاتها ، ولا كونها مغلظة أو مخففة ، ولو عبرا كـ « الحاوي » [ص ٥٧٢] بـ (**نصف عشر ديته**) . . لتناول جميع ذلك ، ولم يحتج لتقييده بشيء .

واعلم : أنه قد يفهم من كلامهم أن المراد بالرأس والوجه هنا : مدلولهما في الوضوء ، وليس كذلك ، فيدخل في الرأس هنا العظم الناتىء خلف الأذن ، وهو الخُشّاءُ ، وفي الوجه ما تحت المقبل من اللحيين ، وليس ذلك داخلاً في الوضوء .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إن موضع الأذنين ليس من الرأس ولا من الوجه ، ولو أزال الأذنين وأوضح مع ذلك العظم الذي تحت أطراف الأذنين . . وجب مع ذلك أرش موضحتين .

وقول « التنبيه » [ص ٢٢٤] : (**في الرأس والوجه**) مع قوله أولاً [ص ٢٢٤] : (**الشجاج في الرأس عشرة**) يفهم أن باقي الشجاج لا يجري في الوجه ، وليس كذلك ، بل كله يجري في الجبهة ، وكذلك ما سوى الدامغة والمأمومة يجري في الخد وقصبة الأنف واللحي الأسفل .

٤٧٣٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٤] : (**وهاشمةٍ مع إيضاحٍ عشرةٌ**) أحسن وأخصر من قول « التنبيه » [ص ٢٢٤] : (**والهاشمة : ما تهشم العظم ، فيجب فيها عشر من الإبل ، فإن ضربه بمثقل فهشم العظم ولم يجرح . . لزمه خمس من الإبل**) فإنه قد يجرح ولكن لا ينتهي إلى الإيضاح . . فلا يجب سوىٰ خمس ، ولو عبرا بعشر الدية . . لكان أولىٰ ؛ لما تقدم .

وفي « أصل الروضة » عن « الرقم » وغيره : أن موضع الوجهين ما إذا لم يحوج الهشم إلىٰ بط وشق لإخراج العظم أو تقويمه ، فإن أحوج إليه . . فالذي أتىٰ به هاشمة يجب فيها عشر من الإبل[1] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وله وجه ؛ لأن جنايته هي السبب في الإيضاح ، ويحتمل أن يقال : هو من فعل المجروح ، فلا يضمَنه الجاني ، وهـٰذا أرجح .

٤٧٣٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٤] : (**ولو أوضح فهشم آخر ، ونقل ثالث ، وأمَّ رابعٌ . . فعلىٰ**

---

(١) الروضة (٩/ ٢٦٤) .

كل من الثلاثة خمسةٌ) كان ينبغي أن يقول : (وهشم) كما في « المحرر »[1] فإن التعبير بالفاء يقتضي تعقب الهشم للإيضاح ، ولا يختص الحكم به ، بل لو تأخر عنه كثيراً أو تقدم عليه . . لم يختلف الحكم .

وقوله : (**والرابع إتمام الثلث**)[2] يقتضي تأخر الاستيفاء منه ليحصل الإتمام ، وليس كذلك ، فلو عبر كـ « المحرر » بتمام الثلث[3] . . لكان أولىٰ ، وحكاه بعضهم عن النسخ الصحيحة من « المنهاج » ، فلو خرق خامس خريطة الدمغ . . ففي « التهذيب » : أن عليه دية النفس ؛ كالحز بعد قطع غيره[4] ، قال الرافعي : وهٰذا علىٰ طريقة من جعل الدامغة مذففة .

٤٧٣٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٤] : (**وتجب في هٰذه الخمسة الحكومة ، ولا يبلغ بحكومتها أرش الموضحة**) هو **ظاهر النص** وقول الجمهور كما حكاه الماوردي[5] ، **ورجحه** شيخنا الإمام البلقيني ، وحمله « المنهاج » علىٰ ما إذا لم تعرف نسبتها من الموضحة ، فقال : (**والشجاج قبل الموضحة إن عُرفت نسبتها منها . . وجب قسط من أرشها ، وإلا . . فحكومة**)[6] كذا اقتصر علىٰ إيجاب القسط ، وقال في « أصل الروضة » بعد نقله ذلك عن الأكثرين : فإن شككنا في النسبة . . أوجبنا اليقين ، ثم قال : قال الأصحاب : ويعتبر مع ذلك الحكومة ، فيجب الأكثر من الحكومة والقسط . انتهىٰ .

والذي حكاه الشيخ أبو حامد ومن تابعه عن أبي إسحاق : أن إيجاب أكثر الأمرين إنما هو فيما إذا عرف بعض النسبة وشك في الباقي .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه لا يقوم عليه دليل .

٤٧٣٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٤] : (**وفي جائفة ثلث دية ، وهو : جرح ينفذ إلىٰ جوفٍ ؛ كبطنٍ وصدرٍ وثغرةِ نحرٍ وجبينٍ وخاصرةٍ**) . فيه أمور :

أحدهما : أنه لا بد من تقييد الجوف بأن يكون فيه قوة محيلة للغذاء أو الدواء ، فالنافذة إلىٰ جوف الذكر وداخل الفم أو الأنف بهشم الخد والقصبة وغيرهما وإلىٰ بيضة العين من الجفن ليست جائفة في **الأصح** ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٥٦٠] : (**بجوف قوّتُهُ محيلةٌ**) وذكر بعضهم أن هٰذه الصور خرجت بقول « التنبيه » [ص ٢٢٤] : (**إلىٰ جوف البدن**) وقد ذكر بعد ذلك وصولها إلىٰ باطن الفم بهشم الخد ، فقال : (**وإن طعن في وجنته فهشم العظم ووصلت الجراحة إلى الفم . . ففيه**

---

(١) المحرر (ص ٤٠٣) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٤٨٤) .
(٣) المحرر (ص ٤٠٣) .
(٤) التهذيب (٧/ ١٤٣) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٢/ ١٥٤) .
(٦) المنهاج (ص ٤٨٤) .

قولان : **أحدهما : أنها جائفة ، والثاني : يلزمه أرش هاشمة)**[١] ، والثاني هو **الأصح** ، ويلزمه مع ذلك حكومة لما زاد ، ذكره في « الروضة » وأصلها[٢] .

ثانيها : ظاهر كلامهم الاقتصار علىٰ ثلث الدية ، ويستثنىٰ منه : ما إذا نفذت من غير الضلع فكسرت الضلع ، أو لذع الحديد كبده أو طحاله ، أو شرط بطنه بسكين ثم أجافه في آخر الشرط . . فيجب في الصور الثلاث مع الثلث حكومة ، كما ذكره الماوردي[٣] ، وخالف في « الروضة » وأصلها في الصورة الثالثة[٤] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : وما ذكره الماوردي **أرجح** .

ثالثها : قول « المنهاج » [ص ٤٨٤] : (**وجبين**) كذا فيما وقفنا عليه بباء موحدة ثم ياء مثناة من تحت ثم نون ، وهو تصحيف ، والذي في نص « الأم » : (جنب)[٥] فثناه بعضهم ، وقال : (جنبين) فتصحفت بجبين ، ولا جائفة في الجبين بلا خلاف ، إنما الواصلة إلىٰ جوف الدماغ تعطىٰ حكم الجائفة ، وليست جائفة ، وهو في بعض نسخ « المنهاج » على الصواب .

٤٧٣٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٤] : (**فإن أوضح موضحتين وبينهما حاجز . . فعليه عشر من الإبل**) المراد : حاجز كامل بلحم وجلد ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٤٨٤] : (**بينهما لحم وجلد ، قيل : أو أحدهما**) ، و« الحاوي » [ص ٥٦٣] : (**بحاجز اللحم والجلد**) .

٤٧٣٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٤] : (**فإن عمت الرأس ونزلت إلى الوجه . . فقد قيل : يلزمه خمس ، وقيل : عشر**) **الأصح** الثاني ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[٦] .

٤٧٣٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٤] : (**وإن خرق بينهما . . رجعت إلىٰ خمس**) محله : ما إذا كان ذلك قبل الاندمال ، وفي معنىٰ خرقه **بينهما** : تآكل الحاجز ، وقد ذكره « الحاوي » فقال : [ص ٥٦٣] (**لا إن رفع أو تآكل**) ودخل في عبارتهما : ما لو رفع الحاجز خطأً ، وهو **الأرجح** في زوائد « الروضة »[٧] ، وقيل : يلزمه أرش ثالث .

٤٧٣٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٤] : (**ولو وَسَّع موضحته . . فواحدةٌ على الصحيح ، أو غيره . . فثنتان**) يجوز في قوله : (**غيرُه**) الرفع ، أي : وسعها غيره ، وهو موافق لـ« المحرر »[٨] ،

---

(١) التنبيه (ص ٢٢٤) .
(٢) فتح العزيز (١٠/٣٣٨) ، الروضة (٩/٢٦٦) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/٢٤٠) .
(٤) فتح العزيز (١٠/٣٣٨) ، الروضة (٩/٢٦٦) .
(٥) الأم (٦/٧٩) .
(٦) الحاوي (ص ٥٦٢) ، المنهاج (ص ٤٨٤) .
(٧) الروضة (٩/٢٦٩) .
(٨) المحرر (ص ٤٠٤) .

والنصب ، وهو بمعناه ؛ أي : وسع هو موضحة غيره ، وحذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه ؛ كقوله : ﴿ وَسْئَلِ ٱلْقَرْيَةَ﴾ والجر ؛ أي : وسع موضحة غيره ، فيكون معطوفاً على الضمير المجرور ، ونقل الوجهان الأخيران عن خط المصنف .

٤٧٤٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٤] : (**وإن أوضح موضحتين ثم خرق بينهما في الباطن . . فقد قيل : إنه يجب عليه أرش موضحتين ، وقيل : أرش موضحة**) **الأصح** : الثاني ، وهو موافق لما تقدم عن « المنهاج » و« الحاوي » أن المراد : حاجز اللحم والجلد[1] .

٤٧٤١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٤ ، ٤٨٥] : (**ولو نفذت في بطنٍ وخرجت من ظهره . . فجائفتان في الأصح**) يقتضي أن الخلاف وجهان ، وكذا في « أصل الروضة » ، ثم قال : ويقال : قولان[2] ، وكان ينبغي أن يقول : (على النص) فقد نص في « الأم » علىٰ أنهما جائفتان[3] .

٤٧٤٢ـ قوله : (**ولو أوصل جوفه سناناً له طرفان . . فثنتان**)[4] شرطه : أن يكون الحاجز بينهما سليماً ، كما ذكره في « الروضة » وأصلها[5] ، ثم إن هـٰذا يصدق بما إذا أوصله من منفذ مفتوح ؛ فكان ينبغي أن يقول : (ولو طعن جوفه بسنان) ولا يرد ذلك علىٰ قول « الحاوي » [ص ٥٦٢] : (**وتتعدد بتعدد الجائفة صورة**) .

٤٧٤٣ـ قولهم : (**وفي الأذنين الدية**)[6] إنما يقتصر عليها إذا لم يحصل مع استئصالهما إيضاح ، فلو أوضح العظم . . وجب أيضاً أرش موضحة ، وفي تعبير « المنهاج » عن ذلك بالمذهب مناقشة ؛ فإن المسألة ليس فيها طريقان ، وإنما فيها نص مشهور وقول مخرج ، أو وجه ضعيف .

٤٧٤٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٤] : (**وإن ضرب الأذن فشلت . . وجبت الدية في أحد القولين ، والحكومة في الآخر ، وإن قطع أذناً شلاء . . ففيه قولان : أحدهما : تجب الدية ، والثاني : تجب الحكومة**) **الأظهر** في الأولىٰ : وجوب الدية ، وفي الثانية : وجوب الحكومة ، وعليه مشى « المنهاج »[7] ، وإليه أشار « الحاوي » بقوله [ص ٥٥٩] : (**وأذن لمنع الهوام**) فعُلم من كون المنفعة المعتبرة فيها منع الهوام وجوب الدية فيها إذا أشلها ؛ لزوالها بعدم الإحساس ، لكن نازع شيخنا الإمام البلقيني في ترجيح إيجاب الدية في الأولىٰ ، وقال : لم ينقله الرافعي إلا عن البغوي ،

---

(١) الحاوي (ص ٥٦٣) ، المنهاج (ص ٤٨٤) .
(٢) الروضة (٩/ ٢٧٠) .
(٣) الأم (٦/ ٧٩) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٤٨٥) .
(٥) فتح العزيز (١٠/ ٣٤٤) ، الروضة (٩/ ٢٧٠) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٤) ، و« الحاوي » (ص ٥٥٩) ، و« المنهاج » (ص ٤٨٥) .
(٧) المنهاج (ص ٤٨٥) .

والجمهور لم يرجحوا شيئاً ، ونص الشافعي في « الأم » يقتضي ترجيح إيجاب الحكومة ، ثم بسط ذلك[1] .

٤٧٤٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٥] : **(وفي كل عين نصف دية ولو عين أحول وأعمش وأعور)** يوهم أن العين العوراء فيها نصف الدية ، وليس كذلك ، وإنما هو في الأخرىٰ ، واحترز بذلك عمن يقول : في عين الأعور كل الدية ، وأيضاً فلا يقال في الأعور : في كل عين له نصف دية ؛ لأنه إنما له عين واحدة .

٤٧٤٦ـ قوله : **(وكذا من بعينيه بياضٌ لا ينقص الضوء ، فإن نقص .. فقِسْطٌ ، فإن لم ينضبط .. فحكومةٌ)**[2] قد يفهم أن مراده : أن من بعينه بياض ينقص الضوء إذا أذهب جانٍ ضوءها .. لم يجب عليه إلا قسط الدية باعتبار نقص الضوء ، فإن لم ينضبط .. فحكومة ، وليس كذلك ، بل يجب في مثل هـٰذه العين الدية كاملة ، كما هو ظاهر كلام « الوجيز »[3] .

قال الرافعي : لكن ذكرنا في فقء العين التي فيها بياض : أنه إن نقص الضوء .. فلا تكمل الدية ، فليكن في إذهاب ضوء العين وفيها بياض مثل ذلك[4] ، وأسقط ذلك في « الروضة » ، وما بحثه الرافعي صرح به الماوردي[5] ، وكلام الشافعي في « الأم » يشير إليه أيضاً[6] ، وظهر بذلك أنه لو حمل كلام « المنهاج » علىٰ ذلك .. لم يمنع منه مانع ، لكن مقتضىٰ مطابقته لـ« المحرر »[7] : أن مراده : ما إذا نقص ضوء العين بالجناية ، فإن انضبط .. وجب قسط ، وإن لم ينضبط .. فحكومة .

ويرد ذلك علىٰ إطلاق « التنبيه » أن في نقص الضوء الحكومة[8] ، وأورد شيخنا الإمام البلقيني على « المنهاج » أمرين :

أحدهما : أنه إذا انضبط بعض النقص ولم ينضبط كله .. فإنه يؤخذ بنسبة ما نقص من الدية قطعاً ، إلا أن تزيد الحكومة على القسط .. فتجب الحكومة ، قال : وإنما لم يجب أرش المنضبط وحكومة غير المنضبط ؛ لأن إفراد غير المنضبط بالحكومة قد لا ينضبط ، فنظرنا إلى الجناية كلها ، فإن اتفق إمكان إفراد غير المنضبط بالحكومة .. وجب المقدر وحكومة غير المنضبط .

---

(١) انظر « الأم » (٦/ ٨٤) ، و« التهذيب » (٧/ ١٤٦) ، و« فتح العزيز » (١٠/ ٣٥٦) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٤٨٥) .
(٣) الوجيز (٢/ ١٤٨) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٣٩٤) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٢/ ٢٥٤) .
(٦) الأم (٦/ ١٢٢) .
(٧) المحرر (ص ٤٠٤) .
(٨) التنبيه (ص ٢٢٥) .

ثانيهما : أن محل الحكومة في غير المنضبط : ما إذا لم يعد الجاني ويجني جناية أخرىٰ تذهب ما بقي من الضوء ، فإن عاد قبل الاندمال وأذهب ما بقي . . وجب عليه نصف الدية ، وينقص منها ما أخذ أوَّلاً ، قال : ولم أر من تعرض لذلك .

٤٧٤٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٥] : **(وفي أحد المنخرين نصف الدية ، وقيل : ثلث الدية)** **الأصح** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[١] ، وتعبير « التنبيه » و« المنهاج » يوهم أن الخلاف وجهان ، وليس كذلك ، بل هو قولان ، نص على الثلث في « الأم » ، ونقل النص على النصف سُليم وصاحب « المهذب »[٢] ، وكذا هو في « الروضة » وأصلها[٣] .

٤٧٤٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٥] : **(فإن قطع المارن وبعض القصبة . . لزمه دية وحكومة)** **الأصح** : اندراج حكومة القصبة في دية المارن ، كذا **صححه** في « أصل الروضة » ، والرافعي قال : ذكر الإمام أن فيه وجهين ، **وأن المذهب الظاهر منهما** : الاندراج ، ثم ذكر بحثاً يقتضي أنه يجب مع دية المارن أرش منقلة ، قال : وكذا حكى ابن كج عن نص « الأم »[٤] .

وحذفه من « الروضة » ، بل في « الكفاية » عن الماوردي : أنه قد تزيد الحكومة علىٰ أرش المنقلة[٥] ، ونص في « الأم » علىٰ إيجاب الحكومة ، فقال : (وإذا قُطع من العظم المتصل بالمارن شيء . . كانت فيه حكومة مع دية المارن)[٦] .

٤٧٤٩ـ قوله : **(وإن ضرب الأنف فشل المارن . . ففيه قولان كالأذن)**[٧] **الأظهر** : وجوب الدية .

٤٧٥٠ـ قول « المنهاج » ـ والعبارة له ، وقد سقط من بعضه نسخه ـ و« الحاوي » : **(وهي ـ** أي : الشفة ـ **في عرض الوجه إلى الشدقين ، وفي طوله ما يستر اللثة في الأصح)**[٨] في « أصل الروضة » : إنه **الأصح** المنصوص ، وبه قطع الأكثرون[٩] ، لكن قال شيخنا الإمام البلقيني : إن نص « الأم » يقتضي أن حَدَّ[١٠] الشفتين إلىٰ محل الارتتاق من أعلىٰ وأسفل ، وهو من الأوجه

---

(١) الحاوي (ص ٥٦٠) ، المنهاج (ص ٤٨٥) .
(٢) المهذب (٢/ ٢٠٢) .
(٣) فتح العزيز (١٠/ ٣٦٠) .
(٤) فتح العزيز (١٠/ ٣٦٨ ، ٣٦٩) ، الروضة (٩/ ٢٧٧) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٣٥٤) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٢/ ١٨٧) .
(٦) الأم (٦/ ١١٩) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٥) .
(٨) انظر « الحاوي » (ص ٥٦٠) ، و« المنهاج » (ص ٤٨٥) حاشية (١) .
(٩) الروضة (٩/ ٢٧٤) .
(١٠) في النسخ : (أحد) ، ولعل الصواب ما أثبت .

المقابلة للأصح هنا ؛ فإنه قال : (والشفة كل ما زَايَلَ جلد الذقن والخدين من أعلىٰ وأسفل مستدير بالفم كله مما ارتفع عن الأسنان واللثة)[1] فاعتبر مزايلة الخدين من أعلاه ، وذلك واصل إلىٰ محل الارتتاق ، وقوله : (مما ارتفع عن الأسنان واللثة) يبين ذلك ؛ فإن الذي ارتفع عن الشيء هو ما كان فوقه ، أما ما كان قبالته . . فلا يقال : ارتفع عنه ، وإنما يقال فيه : يستره أو يوازيه ، واعتبر الشافعي الاستدارة بالفم كله ، وذلك يقتضي نزوله علىٰ مقتضى الاستدارة علىٰ آخر الفم في العرض ، قال : وهـٰذا الذي نزلنا نص الشافعي عليه هو **المعتمد** .

٤٧٥١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٥] و« الحاوي » [ص ٥٥٩] : (**وفي اللسان الدية**) يتناول لسان الطفل ، وبه صرح « المنهاج » ثم قال : (**وقيل : شرط طفلٍ ظهور أثر نطقٍ بتحريكه لبكاءٍ ومصٍّ**)[2] ومقتضاه : أنه وجه ، قال شيخنا الإمام البلقيني : وليس وجهاً ، بل هو ظاهر نص « الأم » و« المختصر »[3] ، قال : والذي يظهر من كلام كثير من أصحاب الطريقين ترجيح إيجاب الحكومة في قطع لسان المولود عقب ولادته قبل أن يتحرك لسانه ثم يسقط ذلك ، ومال إليه ، قال : ومحل الخلاف : ما إذا لم يبلغ وقت التحريك ، فإن بلغ وقت التحريك ولم يوجد . . فالواجب الحكومة ، قال : ووقت التحريك هو ما بعد الولادة في الزمن القريب منها الذي يحرك المولود فيه لسانه لبكاءٍ ومصٍّ ونحوهما .

٤٧٥٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٥] : (**ولأخرس حكومة**) محله : ما إذا لم يذهب بقطعه الذوق ، أو كان ذاهب الذوق ، فأما إذا قطعه فذهب ذوقه . . وجبت الدية للذوق ، وهـٰذا مفهوم من قوله : (**إن في الذوق الدية**)[4] .

٤٧٥٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٦] : (**وإن قطع اللسان فأخذ الدية ثم نبت . . رد الدية في أحد القولين**) **الأصح** : أنه لا يردها .

٤٧٥٤ـ قوله : (**وفي كل سن خمس من الإبل**)[5] المراد : إذا كانت لذكر حر مسلم كما عبر به « المنهاج »[6] ، ولو قال : (نصف عشر ديته) كما عبر به « الحاوي »[7] . . لتناول جميع الصور ، واستفيد به التغليظ والتخفيف .

---

(١) الأم (٦/ ١٢٤) .
(٢) المنهاج (ص ٤٨٥) .
(٣) الأم (٦/ ١٢٠) ، مختصر المزني (ص ٢٤٥) .
(٤) المنهاج (ص ٤٨٧) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٦) .
(٦) المنهاج (ص ٤٨٥) .
(٧) الحاوي (ص ٥٧٢) .

٤٧٥٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٥] : (**وفي سن زائدة الحكومة**) لو عبر بـ (الشاغية) كما عبر به « المحرر » و« الحاوي »[١] . . لكان أولىٰ ، وهي التي خالف نباتها نبات الأسنان ؛ لأن تعبيره بالزائدة يشمل الزائدة على الغالب في الفطرة ، وهي اثنان وثلاثون ، وتلك فيها وجهان بلا ترجيح في « الروضة » وأصلها : **أحدهما** : فيها خمس من الإبل ، **والثاني** : حكومة[٢] ، **وصحح** شيخنا الإمام البلقيني الأول ؛ لإطلاق الخبر ، وهو داخل في إطلاقهم السن .

٤٧٥٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٥] : (**وحركة السن إن [نقصت]**[٣] . . **فالأصح كصحيحة**) فيه أمران :

أحدهما : أنه يقتضي أن الخلاف وجهان ، وهو في « الروضة » وأصلها قولان[٤] .

ثانيهما : قال شيخنا الإمام البلقيني : لم أجد ما صححه في كلام أحد من المصنفين ، **والأصح** بمقتضىٰ نصوص الشافعي وقاعدته : إنه إن لم يمكن المضغ عليها ولم يبق فيها إلا جمال . . فالواجب حكومة ، وإن بقي بعض المضغ . . فكالصحيحة .

قلت : هـٰذا لا ينافي كلامه ؛ لأن التي لم يبق فيها إلا جمال قد بطلت منفعتها ، وقد قدم أن فيها الحكومة .

٤٧٥٧ـ قول « المنهاج » فيما لو قلع سن صغير [ص ٤٨٥] : (**والأظهر : أنه لو مات قبل البيان . . فلا شيء**) فيه أمران :

أحدهما : أنه قد يفهم أنه لا تجب حكومة ، وليس كذلك .

ثانيهما : في « أصل الروضة » : أن الخلاف في ذلك وجهان ، وقيل : قولان ، لكن الرافعي في آخر الكلام قال : لو قلع سن صغير فطلع بعضها ومات الصغير قبل أن يتم نباتها . . فعليه من الدية قسط ما لم ينبت إن قلنا بوجوب الدية فيما إذا مات قبل النبات ، والحكومة إن قلنا : لا تجب هناك الدية ، حُكي هـٰذا التصوير والتفريع عن نص الشافعي ، وذلك يقوي رواية من روى الخلاف في المسألة قولين ، وقد حكاهما ابن كج عن « الأم » ، وأسقط ذلك في « الروضة »[٥] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : والقولان في « الأم » في ترجمة أسنان الصبي[٦] ، فالذي في « المنهاج » هو **الصحيح** .

---

(١) المحرر (ص ٤٠٥) ، الحاوي (ص ٥٧٥) .
(٢) فتح العزيز (١٠/ ٣٧٥ ، ٣٧٦) ، الروضة (٩/ ٢٨٢) .
(٣) في (ج) : (قلّت) .
(٤) فتح العزيز (١٠/ ٣٧٣) ، الروضة (٩/ ٢٨٠) .
(٥) فتح العزيز (١٠/ ٣٧٣) ، الروضة (٩/ ٢٧٩ ، ٢٨٠) .
(٦) الأم (٦/ ١٢٧) .

٤٧٥٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٦] : (**وإن قلع سن كبير فضمن ثم نبت . . ففيه قولان : أحدهما : يرد ما أخذ . والثاني : لا يرد**) **الأظهر** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج »[١] .

٤٧٥٩ـ قوله : (**ولو قلعت الأسنان . . فبحسابه ، وفي قول : لا يزيد علىٰ دية إن اتحد جانٍ وجنايةٌ**)[٢] قد يقتضىٰ أنه لو جنىٰ عليه جانيان دفعة واحدة . . لم يأت هـٰذا القول فيه ، وليس كذلك ، فالظاهر كما قال في « المطلب » : إجراء القولين أيضاً ، وإنما يقطع بالتعدد عند تعدد الجاني إذا جنىٰ بعد جناية الأول .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : لم أقف علىٰ هـٰذا القول في شيء من كتب الشافعي ؛ ولهـٰذا حكاه ابن الصباغ والماوردي وغيرهما وجهاً ، وحكايته وجهاً أرجح ، وعليه جرى العراقيون .

٤٧٦٠ـ قوله : (**ولا يدخل أرش الأسنان في دية اللحيين في الأصح**)[٣] كان ينبغي أن يقول : (على النص) فقد نص عليه في « الأم » و« مختصري المزني والبويطي »[٤] ، وحكىٰ في « الوسيط » مقابله قولاً[٥] ، ويوافقه بعض نسخ « المحرر » فإنه نقل في ذلك قولين[٦] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه غير معروف ، قال : ولا فرق في هـٰذا الحكم بين سن من لم يَثْغَر وغيره ؛ لأنا إنما كنا ننتظر سن من لم يثغر لبقاء منبتها ، والمنبت هنا قد زال ، قال : ولم أر من نبه علىٰ ذلك ، وهو واضح .

٤٧٦١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٦] : (**وكل يد نصف دية إن قطع من كف**) كان ينبغي أن يقول : (من كوع) كما عبر به غيره ، أو يقول : (كفاً) كما قال « التنبيه » [ص ٢٢٦] : (**وفي الكفين والأصابع الدية**) ومع ذلك فيرد : أنه لو قطع الأصابع وحدها . . وجبت نصف الدية ، لكنه ذكره بعد ذلك .

٤٧٦٢ـ قولهما : (**وكل إصبعٍ عشرةُ أبْعِرَةٍ ، وأنملةٍ ثلث العشرة ، وأنملة إبهام نصفها**)[٧] المراد : من صاحب الدية الكاملة ، وهو الذكر الحر المسلم ، والمراد : الإصبع غير الزائدة .

٤٧٦٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٦] : (**وحشفةٌ كذكرٍ ، وبعضها بقسطه منها ، وقيل : من**

---

(١) المنهاج (ص ٤٨٥) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٤٨٥) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٤٨٦) .
(٤) الأم (٦/١٢٤ ، ١٢٥) ، مختصر المزني (ص ٢٤٥) .
(٥) الوسيط (٦/٣٤٤) .
(٦) المحرر (ص ٤٠٥) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٦) ، و« المنهاج » (ص ٤٨٦) .

الذكر) يقتضي أن الخلاف وجهان ، وليس كذلك ، بل هو قولان . نص عليهما في « الأم »[(١)] ، وكذلك حكاهما في « التنبيه »[(٢)] ، وكذا في بعض نسخ « المحرر »[(٣)] ، **ورجح** في « أصل الروضة » طريقة القطع بالأول ، ثم حكىٰ طريقة الخلاف وجهين ، ثم حكىٰ عن المتولي : أن هـٰذا إذا لم يختل مجرى البول ، فإن اختل . . فالأكثر من قسط الدية وحكومة فساد المجرىٰ[(٤)] .

وتعقبه شيخنا الإمام البلقيني : بأن القطعة من الحشفة التي لها الحصة المعلومة لا تدخل في الحكومة ، بل يجب أرشها بالنسبة علىٰ ما سبق ، ويجب لفساد المجرىٰ حكومة .

٤٧٦٤ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٦] : **(وكذا حكم بعض مارنٍ وحلمةٍ)** أي : هل يجب بقسطه من المارن فقط أو من المارن والقصبة ؟ وهل يجب بالقسط من الحلمة فقط أو من الحلمة والثدي ؟ وحكى الخلاف في « أصل الروضة » طريقين[(٥)] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ما ذكره في المارن إنما يجيء علىٰ قولنا : إن القصبة تندرج في دية المارن ، ونص في « الأم » علىٰ خلافه[(٦)] ؛ فما ذكره هنا مفرع على الدخول ، وهو **الأصح** في « الروضة » ، وهو خلاف النص المعتمد .

٤٧٦٥ـ قول « الحاوي » [ص ٥٥٩] : **(والجلد كالنفس)** قيده « المنهاج » فقال [ص ٤٨٦] : **(إن بقي حياةٌ مستقرةٌ وحزَّ غير السالخ رقبته)** وقال شيخنا الإمام البلقيني : لا حاجة إليه ؛ فقد يحصل تشقق يزيل الجلد خاصة من غير أن يكون قاتلاً ، وقد رأينا من يتمزع غالب جلده بالحرارة التي تخرج إلىٰ سطح جسده ثم يفيق منها ، قال : ويتصور في السالخ أيضاً بأن يكون إحدى الجنايتين عمداً والأخرىٰ خطأً . . فإن **الأصح** : أنهما لا يتداخلان . انتهىٰ .

وذهب الماوردي إلىٰ أن في سلخ الجلد حكومة لا تبلغ دية النفس[(٧)] ، وحكاه شيخنا الإمام البلقيني عن النص[(٨)] ، وقال : **إنه المعتمد** .

٤٧٦٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٦] : **(وإن قطع اللحم الناتىء على الظهر . . لزمته الدية)** يعني : جانبي السلسلة ، وفي « الكفاية » تبعاً لابن يونس : لا ذكر لهـٰذه المسألة في الكتب المشهورة .

---

(١) الأم (٦/١٢١) .
(٢) التنبيه (ص ٢٢٧) .
(٣) المحرر (ص ٤٠٥) .
(٤) الروضة (٩/٢٨٧) .
(٥) الروضة (٩/٢٧٧) .
(٦) الأم (٦/١١٨) .
(٧) انظر « الحاوي » (١٢/٣٠٥) .
(٨) انظر « الأم » (٦/٨٢) .



[في دية المعاني]

٤٧٦٧ـ قولهم : (**في العقل دية**)[١] كذا أطلقوه ، وقال المتولي : ذلك إذا تحقق الزوال وعدم العود بقول أهل الخبرة ، فإن توقع عوده . . انتظر ، فإن مات . . ففي الدية وجهان كسن المثغور ، كذا في « الروضة » وأصلها عنه[٢] ، **وصوابه** : كسن غير المثغور ، وسيأتي في النطق ما يوافقه ، لكن سيأتي في السمع أنه إنما ينتظر إذا قدّر أهل الخبرة لعوده مدة ، وأن الإمام استثنىٰ : ما إذا قدروا مدة يغلب على الظن انقراض العمر قبل فراغها ، وقال : **الوجه** : ألاَّ ينتظر هـٰذه المدة ، بل تؤخذ الدية[٣] .

٤٧٦٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٥] : (**فإن نقص ما يعرف قدره ؛ بأن يجن يوماً ويفيق يوماً . . وجب بقسطه**) يقتضي أنه لا يعرف قدره إلا بالزمان ، لكن في « الروضة » وأصلها : أنه قد يتأتىٰ بغير الزمان ؛ بأن يقابل صواب قوله ومنظوم فعله بالخطأ المطروح منهما ، وتعرف النسبة بينهما . . فيجب قسط الزائل[٤] .

واستبعده شيخنا الإمام البلقيني : بأن الأفعال والأقوال لا تنضبط ، بخلاف الزمان .

٤٧٦٩ـ قوله : (**فإن ذهب العقل بجناية لا أرش لها مقدر . . دخل أرش الجناية في دية العقل**)[٥] قال في « الكفاية » : لم يوافقه عليه أحد من المصنفين إلا القاضي حسين في « تعلقيه » ، وقد حكاه عنه الإمام ، وقال : إنه ليس بشيء[٦] ، والجمهور علىٰ خلافه حكوا القولين في الصورتين ما إذا كان أرش الجناية مقدراً ، وما إذا كان غير مقدر ، **والأصح** فيهما : عدم الدخول ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٤٨٦] : (**فإن زال بجرح له أرش أو حكومة . . وجبا** ، **وفي قول : يدخل الأقل في الأكثر**) ، وقوله : (**له أرش**) أي : مقدر ؛ فإن الحكومة أيضاً أرش ، لكنه غير مقدر .

لكن **صحح** شيخنا الإمام البلقيني طريقه « التنبيه » ، وقال : إنها ظاهر نص « الأم »[٧] ، وفي كلام الشيخ أبي حامد ما يقتضيها ، وعكس في « الروضة » وأصلها هـٰذه الطريقة وهماً ، فقال :

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٥) ، و« الحاوي » (ص ٥٥٩) ، و« المنهاج » (ص ٤٨٥) .
(٢) فتح العزيز (١٠/ ٣٨٦ ، ٣٨٧) ، الروضة (٩/ ٢٨٩ ، ٢٩٠) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٤٣٥) .
(٤) فتح العزيز (١٠/ ٣٨٦) ، الروضة (٩/ ٢٨٩) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٥) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٣٤٩) .
(٧) الأم (٦/ ٨٢) .

وقيل : إن لم يكن أرش الجناية مقدراً . . لم يدخل قطعاً[1] ، **وصوابه : دخل قطعاً** .

وقوله : (**يدخل الأقل في الأكثر**) لا يفهم منه حكم المساوي ؛ بأن قطع يديه فزال عقله ، والحكم فيه علىٰ هٰذا القول التداخل أيضاً كما نقله شيخنا الإمام البلقيني عن مقتضىٰ نص « الأم » ، وحكاه في « الكفاية » عن النص صريحاً ، وقال شيخنا : الظاهر أنه وَهِمَ فيه ، وقطع في « المهذب » في التساوي بإيجاب ديتين[2] ، ورُدّ .

٤٧٧٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٦] : (**ولو ادُّعِيَ زواله ؛ فإن لم ينتظم قوله وفعله في خلواته . . فله دية بلا يمين**) فيه أمور :

أحدها : كيف يدعي وهو مجنون لا تصح دعواه ؟ فينبغي أن يقرأ مبنياً لما لم يسم فاعله ؛ أي : ادعىٰ ذلك من له ولاية الدعوىٰ ، وهو الولي .

ثانيها : قال شيخنا الإمام البلقيني : لا بد من كون الجناية تحتمل زوال العقل بها ، وإلا . . لم تسمع الدعوىٰ ، ويحمل على الاتفاق كحصول الموت بصفعة خفيفة[3] .

ثالثها : نازع شيخنا الإمام البلقيني في هٰذا الحكم ، وقال : لم يذكره الشافعي ولا متقدموا أصحابه ، وإنما ذكره الإمام[4] **والصواب** : أنه لا بد من إقامة الولي البينة بجنونه .

قلت : وقد يقال : ذلك لا ينافي ما ذكره المصنف ؛ لأنه ليس المراد : عدم انتظام قوله وفعله بمجرد الدعوىٰ ، بل لا بد من ثبوته عند القاضي ببينة أو بعلمه عند من يجوز الحكم بالعلم .

رابعها : محل عدم اليمين في المطبق كما هو فرض المسألة ، فإن كان متقطعاً وادعىٰ زمن الإفاقة . . حلف فيه ، ويرد ذلك أيضاً علىٰ قول « الحاوي » [ص ٥٦٠] : (**ولا يُحلّف**) .

٤٧٧١ـ قولهم : (**وفي السمع دية**)[5] فيه أمران :

أحدهما : أن محله : ما إذا لم يتوقع عوده ، فإن توقع إلىٰ مدة قدّرها أهل الخبرة . . انتظرت ، قال الإمام : بشرط ألاَّ يظن استغراقها العمر فأكثر[6] ، قال في « التهذيب » : فلو مات قبل تلك المدة . . فهو كما لو انتظرنا البصر لمدة فمات قبلها[7] ، وسيأتي .

ثانيهما : لو قال أهل الخبرة : لطيفة السمع باقية ولكن ارتتق بالجناية داخل الأذن ارتتاقاً

---

(١) فتح العزيز (١٠/٣٨٨) ، الروضة (٩/٢٩٠) .
(٢) المهذب (٢/٢٠٢) .
(٣) انظر « مغني المحتاج » (٤/٦٩) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٦/٣٤٧) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٤) ، و« الحاوي » (ص ٥٥٩) ، و« المنهاج » (ص ٤٨٦) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (١٦/٤٣٥) .
(٧) التهذيب (٧/١٤٩) .

لا وصول إلىٰ زواله . . **فالأصح** : وجوب حكومة لا دية ، وقد ذكره « الحاوي » بقوله [ص ٥٦٠] : (**لا تعطيله**) .

٤٧٧٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٦] : (**ولو ادَّعَىٰ زواله وانزعج للصياح في نومٍ وغفلةٍ . . فكاذب**) يوهم أن حقه اندفع لمجرد ذلك ، وكذا يقتضيه قول « التنبيه » [ص ٢٢٥] : (**سقط دعواه**) وليس كذلك ، بل لا بد من حلف الجاني ؛ لاحتمال أن الانزعاج بسبب آخر ، كذا في « الروضة » وأصلها[١] ، ونص عليه في « الأم »[٢] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : الذي يظهر ـ والله أعلم ـ أنه لا يحلف خصمه عند ظهور كذبه قطعاً ، وأوّل النص علىٰ ما إذا لم يقطع بكذبه .

٤٧٧٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٥] : (**وإن جني عليه جناية فادعىٰ فيها ذهاب البصر وشهد بذلك شاهدان من أهل الخبرة . . وجبت الدية**) فيه أمران :

أحدهما : أن محله : في العمد ، فأما في الخطأ . . فيكفي شهادة رجل وامرأتين ، وشاهد ويمين .

ثانيهما : أنه يفهم أنه لا سبيل إلىٰ معرفته إلا بالبينة ، وفي « الحاوي » [ص ٥٦٠] : (**والحواس بصوتٍ منكرٍ بغتةً ، وتقريبِ حديدةٍ**) فلم يذكر البينة ، بل اقتصر على الامتحان كالسمع ، وفي « المنهاج » [ص ٤٨٧] : (**وإن ادعىٰ زواله . . سُئل أهل الخبرة ، أو يمتحن بتقريب عقرب أو حديدةٍ محماة من عينه بغتةً ، ونُظرَ هل ينزعج ؟**) فخير بينهما ، واقتضىٰ ثبوته بكل منهما ، وجعل ذلك في « أصل الروضة » خلافاً ، فقال : وجهان :

أحدهما ـ وهو نصه في « الأم » ـ : يراجع أهل الخبرة ؛ فإنهم إذ وقفوا الشخص في مقابلة عين الشمس ونظروا في عينيه . . عرفوا أن الضوء ذاهب أم موجود ، بخلاف السمع لا يراجعون فيه ؛ إذ لا طريق لهم إليه .

والثاني : يمتحن بتقريب حية . . . إلىٰ آخره ، ثم قال : وقال المتولي : الأمر إلىٰ خيرة الحاكم ؛ إن أراد مراجعتهم . . فعل ، وإن أراد امتحانه . . فعل . انتهىٰ[٣] .

وعبارة الرافعي في « الكبير » : يمكن أن يقدر في هـٰذا اختلاف قول أو وجه ، ورد في « التتمة » الأمر إلىٰ خيرة الحاكم . انتهىٰ[٤] .

---

(١) فتح العزيز (١٠/ ٣٩٥) ، الروضة (٩/ ٢٩١) .

(٢) الأم (٦/ ٦٨) .

(٣) الروضة (٩/ ٢٩٣) .

(٤) فتح العزيز (١٠/ ٣٩٢) .

فتوقف في ذلك ، وجزم في « المحرر » بالتخيير[1] ، وفي « الشرح الصغير » بمقابله ، فقال بعد ذكر المقالتين : وقيل : يتخير الحاكم .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ليس في المسألة خلاف ، والذين قالوا : يمتحن أرادوا : في حالة ما إذا لم يظهر لهم شيء ، أو عدموا . . فتتعين مراجعتهم عند إمكانها كما نص عليه ، قال : والامتحان هنا لا يجدي شيئاً ؛ فقد يحول بينه وبين الرؤية أغشية ، فلا يبصر مع بقاء الضوء ، فيتعين أهل الخبرة كما نص عليه .

وحاصل كلام شيخنا القطع بالبينة عند إمكانها ، والخلاف عند تعذرها ، وأن **الصحيح** مع تعذرها : أنه لا يكفي الامتحان .

واعلم : أن المراد : ذهاب البصر أصلاً ، فلو قال أهل الخبرة بعوده بعد مدة . . انتظرت ، وقد صرح بذلك « التنبيه » فقال [ص ٢٢٥] : (**وإن قالا : ذهب ولكن يرجىٰ عوده إلىٰ مدة . . انتظر إليها ، وإن مات قبل انقضائها . . وجبت الدية**) ونص الشافعي علىٰ إيجاب القصاص أيضاً ، وفي « الروضة » وأصلها عن البغوي : أنه لا يجب للشبهة[2] .

٤٧٧٤ـ قوله : (**وإن نقص الضوء . . وجبت الحكومة**)[3] محله : ما إذا لم يعرف قدره ، فإن عرف . . وجب بقسطه من الدية ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٤٨٧] : (**وإن نقص**) ويدخل فيه ما إذا نقص ضوء إحداهما فقط ، وفي « أصل الروضة » هنا بعد أن قال : لو أبصر بالصحيحة من مئتي ذراع وبالعليلة من مئة ذراع . . فموجبه التنصيف ، لكن لو قال أهل الخبرة : إن المئة الثانية تحتاج إلىٰ مثلي ما تحتاج إليه المئة الأولىٰ ؛ لقرب الأولىٰ وبُعد الثانية . . وجب ثلثا دية العليلة ، قال الشافعي : وما أرىٰ ذلك يضبط[4] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : **وقياسه** . . أن يجب ثلثا الدية الكاملة لو كان النقص من العينين .

٤٧٧٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٧] : (**وفي الشم دية على الصحيح**) يقتضي أن الخلاف وجهان ، وبه صرح « المحرر »[5] ، وكذا في الرافعي عن « التقريب » ، وعن منصور التميمي قولان[6] ، وقد نص على الدية في « الأم » و« المختصر » ، وأشار في « الأم » إلى القول الآخر ،

---

(١) المحرر (ص ٤٠٦) .
(٢) فتح العزيز (١٠/ ٣٩١) ، الروضة (٩/ ٢٩٢) ، وانظر « التهذيب » (٧/ ١٤٩) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٥) .
(٤) الروضة (٩/ ٢٩٤) .
(٥) المحرر (ص ٤٠٦) .
(٦) فتح العزيز (١٠/ ٣٩٤) .

وهو الحكومة بقوله : قيل : فيه الدية[1] .

٤٧٧٦ـ قوله : (**وفي بعض الحروف قسطه**)[2] أي : موزعاً علىٰ ما يحسنه منها كما صرح به « الحاوي » بقوله [ص ٥٦٢] : (**وما يحسن من ثمانية وعشرين حرفاً**) ودل عليه قول « المنهاج » بعده [ص ٤٨٧] : (**ولو عجز عن بعضها خلقةً أو بآفةٍ سماويةٍ . . فدية ، وقيل : قسط**) وعلم منه أن محل كلام « الحاوي » : ما إذا كان بغير جناية ، فلو كان نقص بعض الحروف بجناية . . وزع على الكل .

ويرد عليهما : أن محل هـٰذا : فيما إذا بقي بعد الذاهب كلام مفهوم ، فإن لم يبق كلام مفهوم . . فكذلك ، كما قال في « التتمة » : إنه **المشهور في المذهب** ، **والمنصوص في** « الأم » ، لكن في « التهذيب » : إنه يجب كمال الدية لفوات منفعة الكلام[3] ، وهو المحكي عن أبي إسحاق والقفال ، وعن الروياني : أنه **المذهب** ، ونقل عن مقتضىٰ إيراد الرافعي في « الشرح الصغير » ، **وصححه** شيخنا الإمام البلقيني ، ورد ما قاله المتولي ، وقال : إن نص « الأم » بخلافه ؛ فإنه قال : (وإذا ذهب بعض كلام الرجل . . اعتبر عليه بأصول الحروف من التهجي)[4] ، قال : فلم يوزع على الحروف إلا مع بقاء بعض الكلام .

ويوافقه قول « التنبيه » [ص ٢٢٥] : (**وإن ذهب بعض الكلام . . وجب بقسطه يقسم علىٰ حروف لغته**) ، وهو أعم من قول « المنهاج » [ص ٤٨٧] : (**والموزع عليها ثمانية وعشرون حرفاً في لغة العرب**) وهو أوضح من قول « الحاوي » [ص ٥٦٢] : (**وما يحسن من ثمانية وعشرين حرفاً**) لاقتضاء إطلاقه اطراد ذلك في كل لغة ، فعبارة كل منهما أحسن من الأخرىٰ من وجه .

وأورد شيخنا الإمام البلقيني علىٰ قول « المنهاج » [ص ٤٨٧] : (**في لغة العرب**) أنه لو عرف المجني عليه معها لغة غيرها ، وذهب حروف من كل منهما ، وكانت تلك اللغة أكثر حروفاً . . فالتوزيع على الأكثر ، كما **رجحه** شيخنا ؛ لأن الأصل براءة ذمة الجاني ، فلا يلزم إلا باليقين ، وفي « الروضة » وأصلها وجهان في المسألة بلا ترجيح : هل يوزع على الأكثر ، أو الأقل ؟[5] .

٤٧٧٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٦] : (**وإن قطع النصف وذهب ربع الكلام . . وجب نصف الدية**) كذا عكسه كما صرح به « المنهاج »[6] ، وتناولهما معاً قول « الحاوي » [ص ٥٦٢] : (**وأكثرهما للسان**) والضمير لقسط الجرم وقسط ما يحسن ، ونبه شيخنا الإمام البلقيني علىٰ أن تعبير الشافعي

---

(١) الأم (١١٩/٦) ، مختصر المزني (ص ٢٤٥) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٤٨٧) .
(٣) التهذيب (١٥٤/٧) .
(٤) الأم (١١٩/٦) .
(٥) فتح العزيز (٣٩٦/١٠) ، الروضة (٢٩٦/٩) .
(٦) المنهاج (ص ٤٨٧) .

والأصحاب بربع الكلام مجاز ، والمراد : ربع أحرف كلامه ؛ لأن الكلام هو اللفظ المفيد فائدة يحسن السكوت عليها .

٤٧٧٨- قول « المنهاج » [ص ٤٨٧] و« الحاوي » [ص ٥٥٩] : **(وفي الصوت دية)** قال شيخنا الإمام البلقيني : لم يذكره غير الإمام[١] ، وهو مردود ، ويكاد أن يكون خرقاً للإجماع .

٤٧٧٩- قول « المنهاج » في الذوق [ص ٤٨٧] : **(ويدرك به حلاوةٌ وحموضةٌ ومرارةٌ وملوحةٌ وعذوبةٌ)** قال في « التوشيح » : اعلم أن الحكماء قالوا : الجسم إما لطيف أو كثيف أو معتدل ، والفاعل فيه إما الحرارة أو البرودة أو المعتدل بينهما ، فيفعل الحار في الكثيف مرارة ، وفي اللطيف حرافة ، وفي المعتدل ملوحة ، والبرودة في الكثيف عفوصة ، وفي اللطيف حموضة ، وفي المعتدل قبضاً ، والكيفية المعتدلة في الكثيف حلاوة ، وفي اللطيف دسومة ، وفي المعتدل تفاهة ، وكأن الفقهاء ذكروا أصول الطعوم ؛ ولذلك قال بعض الحكماء : إن أصولها أربعة : الحلاوة ، والمرارة ، والحموضة ، والملوحة ، وأن ما عداها مركب منها ، ولم يذكر الحكماء العذوبة ، وقد يقال : إنها التفاهة ، وفيه نظر .

وقال الماوردي : ربما فرعها الطبيب إلىٰ ثمانية ، ولا نعتبرها في الأحكام ؛ لدخول بعضها في بعض كالحرافة مع المرارة[٢] .

قال في « التوشيح » : كان الطب يشهد لأن هـٰذه الزيادات توابع ، وإذا فات متبوع واحد منها . . فاتت ، وإذا أخذت دية المتبوع . . دخل التابع تحته ، وقد يقال : ينبغي أن يجيء لنا خلاف في أنه هل تجب حكومة للتابع أو تدخل تحت دية المتبوع كما في نظائره ؟ . انتهىٰ[٣] .

٤٧٨٠- قول « المنهاج » [ص ٤٨٧] و« الحاوي » [ص ٥٥٩] : **(وتجب الدية في المضغ)** أي : بأن يجني علىٰ أسنانه فتخدر وتبطل صلاحيتها للمضغ ؛ كتعذر البطش بإشلال اليد ، أو بأن يصلب مغرس اللحيين فتمتنع حركتهما مجيئاً وذهاباً ؛ كتعذر المشي لكسر الصلب .

قال الرافعي : ويشبه أن يجيء في تكميل الدية في السن المعطلة بتصلب المغرس الخلاف في تكميل الدية في الرجل المعطلة بكسر الصلب[٤] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : انفرد بإيجاب الدية في المضغ الفوراني والإمام والغزالي[٥] ، ولم يجيء فيه خبر ولا أثر ، ولم ينص عليه الشافعي ، بل نص علىٰ ما يرده ، ثم بسط ذلك .

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٣٧٠) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٢/ ٢٦٤) .
(٣) انظر « حاشية الرملي » (٤/ ٦٣ ، ٦٤) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٤٠٣) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٤٣٤) ، و« الوجيز » (٢/ ١٤٨) .

٤٧٨١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٧] : (**وقوة إمناءٍ بكسر صُلْبٍ**) و« الحاوي » [ص ٥٥٩] : (**والإمناء**) نازع فيه شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : **الأصح بل الصواب** : خلافه ؛ لأن الإمناء هو الإنزال ، فإذا أبطل قوة الإنزال ولم يذهب نفس المني . . وجبت الحكومة دون الدية ؛ فإنه قد يمتنع الإنزال بما يسد طريقه . . فيشبه ارتتاق الأذن بحيث لا يسمع ، لكن السمع باق ولا دية فيه **على الأصح** ، قال : ولم يذكر هـٰذه العبارة إلا الغزالي في « الوسيط » و« الوجيز »[1] ، وعبارة « البسيط » : فأبطل منيه ، وكذا تكلم الفوراني والإمام علىٰ إذهاب المني ، **والأرجح فيه** : إيجاب الدية ، ولا يلزم من ذهاب قوه الإمناء ذهاب المني بالكلية[2] .

٤٧٨٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٧] : (**وقوة حَبَلٍ**) تبع فيه « المحرر »[3] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : لم يذكره أحد ، وإنما عبر الغزالي بقوله : (منفعة الإمناء والإحبال به)[4] ، وأراد به : منفعة واحدة ، وذكر الإحبال ليشير إلىٰ فوات النسل . . فاعتقد الرافعي أنه للمرأة ، فقال في « الشرح » : ولو أبطل من المرأة قوة الإحبال . . وجبت عليه ديتها[5] ، وعبر عنه في « المحرر » بـ (قوة الحبل)[6] ، وعبارة « الحاوي » [ص ٥٥٩] : (**والإمناء** ، **والإحبال**) وهو محتمل للتأويل ، بخلاف « المنهاج » .

٤٧٨٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٧] : (**وذهاب جماع**) صوّروه بما إذا لم ينقطع ماؤه وبقي الذكر سليماً ، فكأنهم أرادوا بذهابه : بطلان الالتذاذ به والرغبة فيه ؛ ولذلك عبر « الحاوي » [ص ٥٥٩] بـ (**التلذذ بالجماع**) وصورها الإمام والغزالي بإبطال شهوته ، واستبعدا إبطالها مع حركة الذكر وسيلان المني[7] ، وعبارة « التنبيه » [ص ٢٢٦] : (**وإن كسر صلبه فعجز عن الوطء** . . **لزمته الدية**) وعبارة الشافعي رضي الله عنه مثله[8] .

٤٧٨٤ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وفي إفضائها من الزوج وغيره دية ـ وهو : رفع ما بين مدخل ذكر ودبر ، وقيل : ذكر وبول ـ**)[9] كذا صحح الأول في « أصل الروضة »[10] ، وهو

---

(١) الوسيط (٦/ ٣٥٢) ، الوجيز (٢/ ١٤٩) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٤٣٦ ، ٤٣٧) .
(٣) المحرر (ص ٤٠٧) .
(٤) انظر « الوسيط » (٦/ ٣٥٢) .
(٥) فتح العزيز (١٠/ ٤٠٤) .
(٦) المحرر (ص ٤٠٧) .
(٧) انظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٤٣٤) .
(٨) انظر « الأم » (٦/ ٨١) .
(٩) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٧) ، و« الحاوي » (ص ٥٥٩) ، و« المنهاج » (ص ٤٨٧) .
(١٠) الروضة (٩/ ٣٠٣) .

الأظهر في «المحرر»[1]، **والأشبه** في « الشرح الصغير » ، لكن جزم بالثاني في « الروضة » وأصلها في مثبتات الخيار في النكاح[2] ، ونقل في « الشرح الكبير » هنا كلاً منهما عن جماعة ، ولم يصرح بتصحيح[3] ، **وصحح** المتولي أن كلاً منهما إفضاء يوجب كمال الدية ، فإن أزالهما . . فديتان .

وقال الماوردي ما معناه : إن من أوجب الدية في الثاني . . أوجبها في الأول من طريق الأولىٰ ، بخلاف العكس[4] ، ووافقه شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : **الأصح** : هو المذكور هنا ، وأما الذي في (النكاح) . . فاقتصر فيه علىٰ تفسير الشيخ أبي حامد وأتباعه ؛ لأنه الغالب في الإفضاء ، والقصد منه عدم ثبوت الخيار ، وإذا قلنا بالثاني ، فصار بولها لا يستمسك . . لزم الجاني مع الدية حكومة ، صرح به في « أصل الروضة »[5] .

وقياسه : إيجاب الحكومة على الأول أيضاً إذا لم يستمسك الغائط ، وهو واضح .

٤٧٨٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٧] : (**وفي إذهاب العذرة الحكومة**) أي : إذا أذهبها غير الزوج بغير الوطء ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٤٨٧] : (**ومن لا يستحق افتضاضها فأزال البكارة بغير ذَكَرٍ . . فأرشها ، أو بذَكَرٍ لشبهةٍ أو مكرهةً . . فمهر مثلٍ ثيباً وأرش البكارة**) وكذا في « الروضة » وأصلها هنا[6] ، لكنهما جزما في البيوع المنهي عنها بوجوب مهر بكر وأرش بكارة فيما إذا وطىء الجارية في الشراء الفاسد[7] ، واختاره السبكي في (الغصب) من « شرح المنهاج » .

وقول « التنبيه » فيما لا يجوز بيعه [ص ٩٠] : (**وإن كانت جارية فوطئها . . لزمه المهر وأرش البكارة إن كانت بكراً**) يحتمل التصحيحين ؛ فقد يريد مهر ثيب كالتصحيح الأول ، ومهر بكر كالتصحيح الثاني ، وكذا قول « الحاوي » هنا [ص ٥٥٩] : (**بالمهر ؛ كأرش البكارة لا على الزوج**) يحتملها ، لكن دخل في عبارته ما إذا طاوعت ، ولا مهر إذاً ولا أرش إن لم تكن أمة كما سيأتي .

وقول « المنهاج » [ص ٤٨٧] : (**وقيل : مهر بكر**) يحتمل أن يريد : مع أرش البكارة ، فيوافق ما في (البيوع المنهي عنها) ، ويحتمل الاقتصار عليه ، وهو **المصحح** في « أصل الروضة » في (الرد بالعيب)[8] .

---

(١) المحرر (ص ٤٠٧) .
(٢) فتح العزيز (٨/١٣٦) ، الروضة (٧/١٧٨) .
(٣) فتح العزيز (١٠/٤٠٥) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٢/٢٩٣) .
(٥) الروضة (٩/٣٠٣) .
(٦) فتح العزيز (١٠/٤٠٧) ، الروضة (٩/٣٠٤) .
(٧) فتح العزيز (٤/١٢٣) ، الروضة (٣/٤٠٩) .
(٨) الروضة (٣/٤٩٠) .

وفرق الماوردي بين الحرة والأمة ، فجعل في الأمة في البيع الفاسد مهر بكر وأرش بكارة ، وفي الحرة مهر بكر فقط ؛ لأن الحرة لا تدخل تحت اليد[1] ، وحكىٰ شيخنا الإمام البلقيني عن نص « الأم » أنه قال : فان افتضها رجل بفرجه . . فعليه مهر مثلها ؛ لإصابته وحكومةٌ علىٰ ما وَصَفْتُ[2] ، قال : فالضمير في قوله : (مهر مثلها) يعود على البكر ، ولم يقبل تأويل القاضي حسين وغيره لذلك ، قال : **والمذهب المعتمد** : أنه يجب مهر بكر وأرش بكارة في المكرهة ونحوها كما تقدم عن النص ، ومهر بكر فقط في صورة الشبهة تنزيلاً لذلك منزلة وطء البكر في النكاح الصحيح .

قال شيخنا : ويستثنىٰ من الشبهة : شبهة النكاح الفاسد ؛ فإنه لا خلاف أن الواجب فيه مهر بكر ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام في النكاح بلا ولي : « فإن أصابها . . فلها المهر بما استحل من فرجها »[3] ولم يوجب لها أرشاً ، قال : ومقتضى « المنهاج » : أن لا يجب شيء من ذلك عند انتفاء الشبهة والإكراه ، وهو صحيح في الحرة ، أما الأمة : فيجب الأرش إذا قلنا : يفرد عن المهر كما ذكروه في (الغصب) .

وفي إيجاب الزيادة علىٰ مهر مثلها وهي ثيب إذا طاوعت عالمة بالحال وجهان بلا ترجيح في « الروضة »[4] ، **ورجح** شيخنا الوجوب ، قال : لأن الذي يسقط بمطاوعة الأمة إنما هو المهر المتمحض للوطء ، أما ما فيه شيء متعلق بإذهاب شيء من الجسد . . فلا .

٤٧٨٦ـ قول « الحاوي » [ص ٥٦٠] : (**كالنطق**) أي : لا تجب الدية بتعطيله كما إذا أذهب سمع صبي فتعطل لذلك نطقه ؛ لأن نطق الصبي إنما هو بواسطة سماعه من أبويه وغيرهما .

٤٧٨٧ـ قوله : (**والمشي**)[5] أي : وكذا المشي لو تعطل بكسر صلب إنسان . . لم تجب فيه إلا الحكومة ، كذا في « التعليقة » ، وقال في « المصباح » : لا تجب الدية **على الأصح** ، بل الحكومة ، ويوافقه ما حكاه الرافعي في أثناء الكلام على النطق عن « التتمة » : أنه لو كسر صلبه فتعطل مشيه والرجل سليمة . . لم يلزمه بتعطل المشي دية أخرىٰ[6] ، وأسقطه في « الروضة » .

ومقتضاه : وجوب الدية في كسر الصلب دون إبطال المشي ، ويخالفه فيهما قول الرافعي بعد

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٥/٣١٧ ، ٣١٨) .
(٢) الأم (٦/٧٩) .
(٣) أخرجه أبو داوود (٢٠٨٣) والترمذي (١١٠٢) وابن ماجه (١٨٧٩) وأحمد (٢٤٢٥١) من حديث سيدتنا عائشة رضي الله عنها .
(٤) الروضة (٥/٦٠) .
(٥) الحاوي (ص ٥٦٠) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (١٠/٣٩٦) .

ذلك : ولو كسر صلبه وشلت رجله . . قال في « التتمة » : يلزمه الدية ؛ لفوات منفعة المشي ، وحكومة ؛ لكسر الظهر ، ويخالف ما إذا كانت الرجل سليمة حيث لا تجب مع الدية الحكومة ؛ لأن المشي منفعة في الرجل ، فإذا شلت الرجل ففواتها لشلل الرجل . . فأفرد كسر الصلب بالحكومة ، وإذا كانت سليمة ففوات المشي لخلل الصلب . . فلا يفرد بحكومة ، قال : وهـٰذا يوافق ما ذكر ابن الصباغ : أنه لو كسر صلبه فشل ذكره . . يجب حكومة للكسر ودية لشلل الذكر ، ثم قال : وفي هـٰذا تصريح بأن مجرد الكسر لا يوجب الدية ، وإنما تجب الدية إذا فات به المشي أو الماء أو الجماع[1] .

وعليه مشى « المنهاج » فذكر أن في المشي دية ، و« التنبيه » فقال [ص ٢٢٦] : (**وإن كسر صلبه فلم يطق المشي . . لزمه الدية**) ثم ذكرا أنه لو كسر صلبه فذهب مشيه وجماعه . . **لزمه ديتان**[2] ، لكن الذي في « الحاوي » موافق لنظيريه اللَّذَيْن ذكرهما معه ، وهما : تعطيل السمع والنطق بدون ذهابهما ، ويوافقه أن **الأصح** فيما لو كسر صلبه فتعطل مشيه ثم قطع قاطع رجليه : أنه تجب الدية في قطعهما ؛ لأنهما صحيحتان .

فَرْعٌ

[تداخل ديتين فأكثر]

٤٧٨٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٨] : (**أزال أطرافاً ولطائف تقتضي ديات فمات سراية . . فديةٌ**) ينبغي أن يقول : (منها) كما في « المحرر »[3] ليخرج ما إذا مات سراية من بعضها بعد اندمال بعض . . فلا يدخل المندمل في دية النفس قطعاً ، وكذا لو مات من سراية بعضها قبل اندمال شيء منها ؛ كما لو جرحه جرحاً خفيفاً لا مدخل له في السراية وجائفة فمات منها قبل اندمال ذلك الجرح . . فلا يدخل أرشه في دية النفس كما اقتضاه قول « المحرر » و« الروضة » وأصلها : فمات منها[4] ، لكن نص الشافعي رضي الله عنه في الثانية يقتضي الاندراج ، حكاه شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : إنه المعتمد .

٤٧٨٩ـ قوله : (**وكذا لو حزه الجاني قبل اندمال في الأصح**)[5] يقتضي أن الخلاف وجهان ، وهو في « المحرر » و« الشرح » قولان ، ثم نقل المصحح عن النص ، ومقابله عن تخريج ابن

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٤٠٩) .
(٢) التنبيه (ص ٢٢٦) ، المنهاج (ص ٤٨٨) .
(٣) المحرر (ص ٤٠٨) .
(٤) المحرر (ص ٤٠٨) ، فتح العزيز (١٠/ ٤١١) ، الروضة (٩/ ٣٠٦ ، ٣٠٧) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٤٨٨) .

سريج وقول الإصطخري واختيار الإمام ، وكذا في « الروضة » بعد أن حكاهما وجهين[1] ، فحاصله أنه نص ومخرج ، فكان ينبغي أن يقول في « المنهاج » و« الروضة » : (على النص) والنص المذكور هو في « المختصر » في صفة قتل العمد[2] ، وممن حكى الخلاف في ذلك قولين القفال في « شرح التلخيص » .

٤٧٩٠ـ قوله : (**فان حز عمداً والجنايات خطأ أو عكسه . . فلا تداخل في الأصح**)[3] يقتضي أن الخلاف وجهان ، وقد حكاه قولين القاضي حسين والإمام والغزالي وغيرهم[4] .

واعلم : أن مقتضىٰ عبارة « المنهاج » وغيره : أنه لو مات بسقوط من سطح ونحوه . . وجوب الديات كلها ؛ لأنه لم يسقط دية ما دون النفس إلا بالسراية ، وحز الجاني قبل الاندمال ، وهو الذي أفتىٰ به شيخنا الإمام البلقيني ، وفرق بينه وبين اعتبار التبرع في المرض المخوف من الثلث ولو مات بسقوط من سطح : بأن التبرع صدر عند الخوف من الموت . . فاستمر حكمه ، قال : ولم أر من تعرض لذلك ، وفي زيادة « الروضة » في الطلاق فيما لو طلق زوجته بائناً وهو مريض ثم قتله قاتل . . عن « المهذب » : أنها لا ترث على القديم ، وعن « الشامل » و« التتمة » : أنها ترث[5] .

فصل

[فيما تجب فيه الحكومة وقدرها]

٤٧٩١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٨] : (**تجب الحكومة فيما لا مقدر فيه**) فيه أمران :

أحدهما : أن المراد : الجناية الموجبة للمال ؛ ليخرج عن ذلك ما يوجب التعزير المجرد ؛ كقلع سن من ذهب ، ولهـٰذا قال « الحاوي » بعد ذكر هـٰذه المسألة [ص ٥٧٥] : (**وفي غيرِ الحكومةُ**) أي : غير ما تقدم مما يوجب الضمان بمال مقدر أو التعزير المجرد .

ثانيهما : كان ينبغي أن يضم لما فيه مقدر ما عرفت نسبته من مقدر ؛ فإنه يؤخذ في هـٰذا الثاني بنسبته من المقدر ، ولا يرد ذلك على « الحاوي » أيضاً وإن كان قد ذكر من أمثلة ما فيه الحكومة المتلاحمة ، وقد تعرف نسبتها من مقدر ؛ بأن يكون بقربها موضحة ، فيجب فيها أكثر الأمرين مما يقتضيه التقسيط ومن الحكومة ؛ لقوله بعد ذلك : (**وإن أمكن تقديره بما له مقدر . . فأكثر قسطه ، والحكومة**)[6] .

---

(١) المحرر (ص ٤٠٨) ، فتح العزيز (١٠/ ٤١١) ، الروضة (٩/ ٣٠٧) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٧٢ ، ٧٣) .
(٢) مختصر المزني (ص ٢٣٨) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٤٨٨) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٧٣) ، و« الوجيز » (٢/ ١٤٩) .
(٥) الروضة (٨/ ٧٥) ، وانظر « المهذب » (٢/ ٢٥) .
(٦) الحاوي (ص ٥٧٦) .

فإن قلت : والإيجابُ بالنسبة لمقدر حكومةٌ أيضاً كما نص عليه الشافعي .

قلت : المراد : الحكومة التي يقدر الحر فيها رقيقاً ، وهي التي فسرها بعده ، وهـٰذه ليست كذلك ؛ ولهـٰذا لما ذكر « المنهاج » هـٰذا الحكم عند الكلام على الشجاج . . قال : (**والشجاج التي قبل الموضحة إن عرفت نسبتها منها . . وجب قِسْطٌ من أرشها ، وإلا . . فحكومة**)[1] فلم يسم الإيجاب بالنسبة لمقدر حكومة ، ويرد الأمران علىٰ قول « التنبيه » [ص ٢٢٧] : (**وفي الجراحات سوىٰ ما ذكرناه الحكومة**) .

وقد يقال : لا يرد الأول ؛ لأن مثل قلع سن من ذهب لا جراحة فيه ، وقد يقال : بل فيه جراحة إذا نبت عليه اللحم .

ويرد عليه أيضاً : أنه تجب الدية أيضاً في إذهاب الصوت والمضغ والإمناء وقوة الإحبال والجلد علىٰ ما قدمته فيها ، مع أنها قد تنشأ عن جراحه ، وأنه تجب الحكومة في كسر العظام أو نقلها فيما عدا الرأس والوجه ، وقد لا يكون فيها جراحة .

٤٧٩٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٧] : (**وفي الشعور كلها الحكومة**) شرطه : فساد المنبت بحيث لا تعود أو تعود ناقصة ؛ ولهـٰذا قيد « الحاوي » ضمان لحية المرأة بفساد المنبت[2] ، أما لو عادت كما كانت . . فلا تجب حكومة بلا خلاف ، كما في « أصل الروضة »[3] ، لكن في « البويطي » : (وليس في الشعر أرش معلوم ، وفيه حكومة إن نبت كما كان بقدر الألم والشين ، وإن لم يعد كما كان . . ففيه حكومة أكثر من ذلك) حكاه شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : وبه يتأيد كلام « التنبيه » ، وحكى القاضي حسين وجهاً ثالثاً : أنه إن حصل للمجني عليه ألم بالإزالة . . وجبت ، وإلا . . فلا ، وجمع في « الكفاية » الأوجه الثلاثة ، وذلك يرد علىٰ تعبير شيخنا الإسنوي عنه بالصواب[4] .

ثم هـٰذا في الشعر الذي فيه جمال ، أما ما لا جمال في بقائه ، بل في ذهابه ؛ كشعر الإبط . . ففيه وجهان ، صحح الماوردي منهما : أنه لا حكومة فيه .

واعلم : أن ظاهر كلامهم أنه لا قصاص في نتف الشعر ، وبه صرح الماوردي في أسنان إبل الخطأ وتقويمها ؛ وعلله باختلاف الناس فيه كثافة وخفة وطولاً وقصراً ، وفي جماله ذهاباً وبقاء[5] ، لكنه قال في القصاص في الشجاج : فأما إن قلع شعره قلعاً لم يعد نباته ؛ فإن أمكن فيه

---

(١) المنهاج (ص ٤٨٤) .
(٢) الحاوي (ص ٥٧٦) .
(٣) الروضة (٣٠٩/٩) .
(٤) تذكرة النبيه (٤٣١/٣) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (٣٠١/١٢) .

القصاص حتىٰ يذهب فلا يعود نباته . . اقتص منه[1] .

٤٧٩٣ـ قول « الحاوي » في أمثلة ما تجب فيه الحكومة [ص ٥٧٥] : (**ولسان الأخرس**) محله : ما إذا لم يذهب الذوق بقطع لسانه أو كان قد بطل ذوقه من قبل ، فلو ذهب بقطعه الذوق . . وجبت الدية ، وهـٰذا معلوم مما سبق .

٤٧٩٤ـ قوله : (**وسن صبي**)[2] أي : لم يثغر ولم يفسد منبتها .

٤٧٩٥ـ قوله : (**وتسويد سن**)[3] كذا لو اخضرت أو اصفرت ، لكن حكومة الاخضرار أقل من الاسوداد ، والاصفرار أقل من الاخضرار ، فلو عبر بـ (تغير لونها) . . لكان أعم .

٤٧٩٦ـ قوله : (**وقوة الإرضاع**)[4] كذا لو لم ينقطع لكن انتقص . . فتؤخذ حكومة تليق به .

٤٧٩٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٨] : (**وهي جزءٌ نسبته إلىٰ دية النفس ـ وقيل : إلىٰ عضو الجناية ـ نسبة نقصها من قيمته لو كان رقيقاً بصفاته**) فيه أمور :

أحدها : كان ينبغي أن يقول : (جزء من الدية) كما فعل « المحرر » و« الحاوي »[5] ، وكذا قال في « التنبيه » [ص ٢٢٧] : (**وجب بقسطه من الدية**) فذكر « المنهاج » الدية في النسبة لا في المأخوذ منه .

ثانيها : يستثنىٰ من قوله : (**وقيل : إلىٰ عضو الجناية**) الرأس ، فلو كانت الجراحة فيه . . فليس له دية ، وفيه شجاج عديدة ، والمعتبر منها علىٰ هـٰذا الوجه الموضحة ، فتعتبر نسبتها منها كما حكاه الرافعي عن الشيخ أبي إسحاق[6] ، وأسقطه في « الروضة » ، وأهمل الرافعي من كلام صاحب « المهذب » أنها إن كانت في الجسد . . اعتبر نسبتها من الجائفة[7] .

ثالثها : يستثنىٰ من كلام الثلاثة في اعتبار النسبة : ما إذا قطع أنملة لها طرفان . . فيجب فيها مع دية الأنملة حكومة لا تعتبر بالنسبة ، بل يوجب فيها الحاكم ما يؤدي إليه اجتهاده ، جزم به في « أصل الروضة »[8] .

رابعها : مقتضىٰ كلامهم : التقويم بالنقد ، وعليه جرى الأصحاب ، لكن نص الشافعي رحمه الله على التقويم بالإبل ، فقال في إذهاب العذرة : فيقال : لو كانت أمةً تسوىٰ خمسين من

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٢/ ١٧٣) .
(٢) انظر « الحاوي » (ص ٥٧٥) .
(٣) انظر « الحاوي » (ص ٥٧٥) .
(٤) انظر « الحاوي » (ص ٥٧٥) .
(٥) المحرر (ص ٤٠٨) ، الحاوي (ص ٥٧٥) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٣٤٨) .
(٧) المهذب (٢/ ٢٠٩) .
(٨) الروضة (٩/ ٣٠٨) .

الإبل. . كم يُنقصها ذهاب العذرة من القيمة ؟ فإن قيل : العشر. . وجب خمس من الإبل ، وإن قيل : أكثر أو أقل. . وجب[1] ، حكاه شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : هو **صحيح** جار علىٰ أصله في الديات أن الإبل هي الأصل ، فلا حاجة للتقويم بالنقد ، وربما يتفاوت فيكون قيمته بالنقد معيباً أقل من تقويمه بالإبل أو أكثر ، قال : ولم أر من ذكر ذلك من الأصحاب .

خامسها : لا يستقر التقويم إلا بحكم حاكم ، فلو اجتهد فيه غيره. . لم يستقر ، صرح به الماوردي[2] ، وهو مقتضىٰ كلام غيره ، ولم يتعرض الثلاثة للتصريح بذلك ، لكن قول « المنهاج » بعده [ص ٤٨٨] : (**نقص الحاكم شيئاً بالاجتهاد**) يقتضيه .

٤٧٩٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٨] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٥٧٦] : (**فإن كانت لطرفٍ له مقدرٌ. . اشترط ألا تبلغ مُقَدَّره ، فإن بلغته. . نقص القاضي شيئاً باجتهاده**) أورد عليه شيخنا الإمام البلقيني : أن الرأس ليس له مقدر وفيه عدة شجاج ، والمعتبر في حكومته ألا تبلغ أرش الموضحة . انتهىٰ .

وقد يقال : لا يرد ؛ لأن للرأس مقدرات الموضحة أقلها ، فاعتبر بها أخذاً باليقين .

وأورد أيضاً : أنه لا بد من الاحتراز عن تساوي الجنايتين المتفاوتتين كالمتلاحمة والسمحاق إذا فرض النقص في كل منهما بنصف العشر. . فتنقص حكومتهما عن ذلك حتىٰ لا يبلغا أرش الموضحة ويكون النقص في السمحاق أقل ، قال : وهاذا لا بد منه وإن لم يذكروه ، وقد ذكروا في (الزكاة) قريباً منه . انتهىٰ .

وقد يدخل في قوله : (**شيئاً**) أقل متمول ، وصرح الإمام بأنه لا يكفي[3] ، وقال الماوردي : أقله ما يجوز أن يكون ثمناً أو صداقاً[4] .

٤٧٩٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٨] : (**أو لا تقدير فيه كفخذٍ. . بألاَّ تبلغ دية نفس**) فيه أمور :

أحدها : أنه دخل فيما لا تقدير فيه ما هو تابع لمقدر والشرط فيه ألاَّ تبلغ دية ذلك المقدر ، وقد ذكر ذلك « الحاوي » فقال [ص ٥٧٥] : (**ناقص عن دية المجروح اجتهاداً ومتبوعه**) فحكومة جرح الكف لا تبلغ دية الأصابع الخمس ؛ ويجوز أن تبلغ دية إصبع كما قال الرافعي : إنه الأشبه ، والنووي : إنه **الأصح**[5] ، وصحح **الإمام** مقابله[6] ، وتبعه في « الكفاية » ، ونص عليه الشافعي

---

(١) انظر « الأم » (٦/٧٩) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٢/٣٠٢) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٦/٤١٨) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٢/٣٠٣) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٠/٣٤٩) ، و« الروضة » (٩/٣٠٨) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (١٦/٤٣٢) .

رضي الله عنه ، فقال : ولا أبلغ بحكومة كفه دية إصبع[1] ، حكاه عنه شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : إن له نصاً آخر بخلافه ، لكنه محتمل ، وهـٰذا نص ، **وهو المعتمد** .

ثانيها : تمثيله لما لا تقدير فيه بالفخذ مخالف لنص الشافعي ؛ حيث قال : ولا يبلغ بحكومة الذراع أرش يد ، وهـٰذا هـٰكذا في الفخذ والساق ، وقال قبل ذلك : وهـٰكذا إن كان في الذراع أو العضد أو الساق أو القدم . . لم يبلغ قدر يدٍ تامةٍ ولا رجلٍ تامةٍ[2] ، حكاه عنه شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : لو مثل بالظهر والكتف . . كان أصوب .

ثالثها : قال شيخنا الإمام البلقيني : اشتراط ألاَّ يبلغ دية نفس محال ؛ فكيف يصل جزء الشيء إلىٰ تمامه ولا يتصور ذلك إلا إذا لم تصر له قيمة بالكلية ؛ وهـٰذا محال ، فما من حي إلا وله قيمة ، وبتقدير فرض أنه لا قيمة . . يبقىٰ قوله : (جزءٌ) غير معتبر ، وكان يقال : وعند انتفاء الجزء . . لا بد من النقص عن الدية ، قال : ولم أر من تعرض لذلك ، قال : وإنما يتجه هـٰذا لو كانت الحكومة مجرد اجتهاد من غير تقويم .

رابعها : أورد عليه شيخنا أيضاً : أن مقتضاه : أن جرح البطن يجوز أن تبلغ حكومته إلىٰ ما ينقص عن دية النفس ، وجزم في « الروضة » وأصلها بأنه لا تبلغ أرش جائفة[3] .

قلت : كيف يرد ذلك وفي البطن ما له أرش مقدر وهو الجائفة ؟ فهو داخل في كلامه الأول ، والله أعلم .

٤٨٠٠ـ قول « الحاوي » [ص ٥٧٦] : (**وان لم ينقص** ـ أي : بعد الاندمال ـ . . **تقدر دامية**) محله : ما إذا لم يظهر نقصان إلا في حال سيلان الدم ، فإن ظهر نقصان في غيره . . اعتبر أقرب الأحوال إلى الاندمال ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٤٨٨] : (**اعتبر أقرب نقص إلى الاندمال**) ، وعبارة « التنبيه » [ص ٢٢٧] : (**وإن كانت الجناية مما لا ينقص بها شيء بعد الاندمال ويخاف منه التلف حال الجناية ؛ كالإصبع الزائدة وذكر العبد . . قوم حال الجناية ؛ فما نقص . . وجب**) وليس فيه إفصاح عن اعتبار أقرب نقص إلى الاندمال ، بل هو كـ « الحاوي » في اعتبارها دامية ؛ لأنها حال الجناية ، ويزداد بالتمثيل بذَكَرِ العبد ؛ فإنه **على الجديد** في **أن** جراح العبد من قيمته كجراح الحر في ديته تجب فيه القيمة ، فلا حكومة ؛ فإما أن يكون مفرعاً **على القديم** أن الواجب فيه ما نقص ، أو يريد : ما إذا كان أشل ، ومقتضى اقتصار « المنهاج » على اعتبار أقرب نقص إلى الاندمال ؛ لأنه لو لم يكن هناك نقص ؛ كالسن الزائدة ولحية المرأة . . لم يجب شيء ، وليس

---

(١) انظر « الأم » (٦/ ٥٣) .

(٢) انظر « الأم » (٦/ ٨٤) .

(٣) فتح العزيز (١٠/ ٣٤٩) ، الروضة (٩/ ٣٠٨) .

كذلك ، بل يقوم في السن وله سن زائدة ثابتة فوق الأسنان وليس خلفها أصلية ، ثم يقوم مقلوع الزائدة ويظهر التفاوت ؛ لأن الزائدة تسد الفرجة ويحصل بها نوع جمال .

وفي لحية المرأة تقدر لحية عبد كبير يتزين باللحية ، وقد ذكر « التنبيه » و« الحاوي » حكم لحية المرأة[١] ، وفي « التهذيب » : إنه يعتبر سنه في التقويم ، وألاَّ ينقص قدر حكومة لحية المرأة عن الرجل[٢] ، وكلام غيره ينازع فيه .

فلو كانت الجراحة خفيفة لا تؤثر في حال سيلان الدم . . ففي « الوسيط » : أنا نلحقها باللطم والضرب ؛ للضرورة ، وفي « التتمة » : أن الحاكم يوجب شيئاً بالاجتهاد ، **ورجحه** شيخنا الإمام البلقيني ، فترد هـٰذه الصورة عليهم علىٰ مقتضىٰ هـٰذا الترجيح .

٤٨٠١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٨] : (**والجرح المقدر كموضحة يتبعه الشين حواليه**) هو معنىٰ قول « الحاوي » [ص ٥٧٦] : (**والمقدر للشين**) أي : الحكومة جزء ناقص عن المقدر للشين حوالي ما ليس له أرش مقدر ، وخرج بقولنا : ما ليس له أرش مقدر : الشين حول الموضحة ونحوها ، ويرد عليهما أمران :

أحدهما : لا بد أن يكون في محله ، فلو تعدىٰ شين الموضحة إلى القفا . . ففي استتباعه وجهان بلا ترجيح في « الروضة » وأصلها[٣] ، **ورجح** شيخنا الإمام البلقيني أنه لا يستتبعه .

ثانيهما : يستثنىٰ منه : ما لو أوضح جبينه وأزال حاجبه . . فعليه الأكثر من أرش موضحة وحكومة للشين وإزالة الحاجب ، حكاه في « أصل الروضة » عن المتولي ، وحكاه شيخنا الإمام البلقيني عن نص الشافعي في رواية البويطي ، وأن البويطي قال : ليس له إلا أرش موضحة .

٤٨٠٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٨] : (**وما لا يتقدر يُفرد بحكومة في الأصح**) أي : الشين الذي حوله ، قال شيخنا ابن النقيب : وفي تصويره عسر ؛ فإنا نحتاج تقويمه سليماً ثم جريحاً بلا شين ، فيجب التفاوت ، هـٰذه حكومة الجرح ، ثم يقوم جريحاً بشين فيجب التفاوت بين قيمته جريحاً بشين وجريحاً بلا شين ، وهـٰذه حكومة الشين ، وينبغي أن يقوم سليماً ثم جريحاً بشين ، ويجب ما بينهما ؛ ولعله لا يختلف مع ما تقدم ، فلا فائدة إذاً في قولنا . . يفرد بحكومة .

نعم ؛ تظهر فائدته لو عفىٰ عن إحدى الحكومتين . . فيجب الأخرىٰ ، هـٰذا ما ظهر لي بحثاً . انتهىٰ[٤] .

---

(١) التنبيه (ص ٢٢٧) ، الحاوي (ص ٥٧٦) .

(٢) التهذيب (٧/ ١٦٨) .

(٣) فتح العزيز (١٠/ ٣٥٤) ، الروضة (٩/ ٣١١) .

(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٧/ ٢٤٨) .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : **الأقيس عندنا** : إيجاب حكومة واحدة جامعة لهما ، وفي نظير ذلك من العيوب في البيع نظر ، وتظهر فائدة حكومتين وحكومة واحدة فيما لو زاد على المقدر ، فعلىٰ إيجاب حكومتين لا يحتاج إلىٰ نقص إذا نقصت كل واحدة منهما عن المقدر ، وعلىٰ إيجاب حكومة واحدة لا بد من النقص ، وأورد شيخنا المذكور علىٰ عبارة « المنهاج » : المتلاحمة ؛ فإنها ليست بمقدرة شرعاً دائماً ، وهي كالموضحة في استتباع الشين إذا قدرنا أرشها بالنسبة إلى الموضحة **على الأصح** في « أصل الروضة » هنا[١] ، لكن نص في « الأم » علىٰ أنه ينظر إلى الشين أيضاً[٢] .

ثم قال شيخنا : فإن قيل : أراد ما قدر ولو بالنسبة إلىٰ جرح غيره . . فلا يرد عليه هـٰذا علىٰ طريقته . . قلنا : قوله : كموضحة ينفي هـٰذا ، ولو سكت عن التشبيه . . كان الجواب قريباً .

قلت : هـٰذا تمثيل ، فيلحق به ما في معناه ، فالجواب قريب مقبول ولا إيراد .

قال شيخنا : ومثل ذلك الجراحات على البدن إذا أمكن تقديرها بجائفة بقربها ، وقلنا : إنها تتقدر بالنسبة ، وأوجبنا ما يقتضيه التقسيط . . فالشين تابع لا يفرد بحكومة ، وإن كانت الحكومة أكثر . . فقد وفينا حق الشين .

٤٨٠٣ـ قوله : (**وفي نفس الرقيق قيمته ، وفي غيرها ما نقص إن لم يتقدر من الحر ، وإلا . . فنسبته من قيمته ، وفي قول : ما نقص**)[٣] فيه أمور :

أحدها : تقدم ذلك في (الغصب) بعبارة هي أوضح مما هنا ، وكلامه هناك فيما إذا سبق الإتلاف يد عادية ؛ ولهـٰذا فصل في المقدر بين أن تتلف هي أو يتلفها متلف ، وأما هنا . . ففي الإتلاف بلا يد عادية .

ثانيها : أن قوله : (**وإلا . . فنسبته من قيمته**) عبارة ملتبسة ، وعبارة « المحرر » : (جزء من القيمة نسبته إليها نسبة الواجب في الحر إلى الدية)[٤] ففي يديه قيمته ، وفي إحداهما نصفها ، وفي جفنه ربعها ، وفي إصبعه عشرها ، وفي موضحته نصف عشرها ، وفي أنملته ثلث عشرها ، وعبارة « التنبيه » [ص ٢٢٧] : (**وما ضمن من الحر بالدية ضمن من العبد والأمة بالقيمة**) .

ثالثها : أورد شيخنا الإمام البلقيني علىٰ قوله : (**ما نقص إن لم يتقدر من الحر**) أن مقتضاه : إيجاب ما نقص فيما إذا لم يتقدر ، لكنه تابع لمقدر كجراحة في كفه ، لكن مقتضىٰ ما **صححه الرافعي والنووي** في حكومة الكف في الحر : أنه لا يبلغ بها دية الأصابع[٥] : أنه يجب النقص هنا

---

(١) الروضة (٩/٣١١) .
(٢) الأم (٦/٨٤) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٤٨٨) .
(٤) المحرر (ص ٤٠٩) .
(٥) فتح العزيز (١٠/٣٤٩) ، الروضة (٩/٣٠٨) .

عن النصف ، ومقتضىٰ ما حكاه شيخنا عن النص : أنه لا يبلغ دية إصبع[1] : أنه [يجب][2] النقص هنا عن العشر .

رابعها : وأورد عليه أيضاً : الجرح في رأس العبد أو وجهه أو بطنه إن قلنا : يجب في الحر الحكومة التقويمية . . فيعتبر ألاَّ تبلغ أرش موضحة ، وإن قلنا : الواجب النسبة إن عرف قدر ذلك من موضحه أو جائفة . . فكذلك تجب النسبة في العبد ، ولا يطلق فيه ضمان ما نقص .

خامسها : أورد أيضاً علىٰ قوله : (**وإلا . . فنسبته من قيمته**) أن محله : في جناية واحدة أو جنايتين بعد اندمال الأولىٰ ، فإن لم تندمل الأولىٰ ؛ كما لو قطع يد عبد قيمته ألف درهم فصار يساوي ثمان مئة درهم . . فإنا نغرمه على **الأظهر** خمس مئة ؛ لأنها نصف القيمة ، فإذا قطع آخر يده قبل الاندمال . . لا نغرمه أربع مئة ، بل نصف ما أوجبنا على الأول ، وهو مئتان وخمسون ؛ لأن الجناية الأولىٰ لم تستقر وقد أوجبنا نصف القيمة ، فكأنه انتقص نصف القيمة كما جزم به في « أصل الروضة » ، وحكاه الرافعي عن « التهذيب » وغيره[3] ، لكن قال شيخنا : إنه لا يظهر وجهه ، وأن مقتضىٰ إطلاق القاضي حسين والإمام : أنه يجب على الثاني نصف قيمته حال جنايته ، وارتضاه ؛ فلا إيراد[4] .

٤٨٠٤ـ قوله : (**ولو قُطع ذكره وأنثياه . . ففي الأظهر : قيمتان**)[5] مقابله ذكر في (الغصب) أنه قديم ، وأنكره بعضهم ، وجعله بعضهم مخرجاً ؛ فلا يحسن التعبير بالأشهر ، بل ينبغي أن يقول : (المذهب أو النص أو الجديد) ، والله أعلم .

٤٨٠٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٧] : (**وإن قطع يد عبد ثم أعتق ثم مات . . وجب فيه دية حر ، للمولىٰ منه أقل الأمرين من نصف الدية أو نصف القيمة**) **الأصح** : أن له الأقل من نصف القيمة وكمال الدية ؛ لأنا إن اعتبرنا وقت الجناية . . فنصف القيمة ، أو الموت . . فكل الدية ؛ فأقلهما هو المتيقن ، والمراد : موته بالسراية ، أما لو اندمل القطع ومات بسبب آخر . . فللسيد على الجاني نصف القيمة .

* * *

---

(١) انظر « الأم » (٦/٥٣) .

(٢) في (د) : (لا يجب) .

(٣) التهذيب (٧/١٧٢ ، ١٧٣) ، فتح العزيز (١٠/٤١٤) ، الروضة (٩/٣١٢ ، ٣١٣) .

(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٦/٤٤٣) .

(٥) انظر « المنهاج » (ص ٤٨٨) .

باب ما تجب به الدية من الجنايات

٤٨٠٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٠] : (**إذا أصاب رجلاً بما يجوز أن يقتل فمات منه . . وجبت الدية**) قيل : إنه يشمل العمد المحض ، قال في « الكفاية » : وهو تفريع على اختياره أن موجب العمد أحد الأمرين .

قال في « التوشيح » : يبعد أن يقال : العمد المحض يجوز أن يقتل ، وإنما أراد بهٰذه اللفظة : ما لا قصاص فيه ، وله عقد الباب .

٤٨٠٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٩] : (**صاح علىٰ صبي لا يُميِّز علىٰ طرف سطحٍ فوقع بذلك فمات . . فدية مغلظة على العاقلة ، وفي قول : قصاص**) فيه أمور :

أحدها : تقييد الصبي بكونه غير مميز يقتضي أن المميز ليس كذلك ، لكن قوله بعد ذلك : (**ومراهق متيقظ كبالغ**)[1] يقتضي أن غير المراهق ليس كالبالغ ولو كان مميزاً ؛ ولذلك أطلق « التنبيه » الصبي ، و« الحاوي » الطفل[2] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : لم يعتبر الشافعي ولا أحد من أصحابه عدم التمييز في ذلك ، وأفصح في « النهاية » عن المقصود ، فقال : وما ذكره الأصحاب في صبي لا يميز إن كان ضعيف التمييز بحيث يبعد منه أن يتماسك ، فإن كان مراهقاً . . فهو في معنى الكبير . انتهىٰ[3] .

فدل علىٰ أن من نفى التمييز أراد به : التمييز الكامل الذي يحصل مع البلوغ أو المراهقة ، لا أصل التمييز ، والله أعلم .

ثانيها : قوله : (**علىٰ طرف سطح**) تبع فيه الرافعي[4] ، ومقتضاه : أنه لو كان في وسطه . . فهو كالأرض ، وعبر « التنبيه » بقوله [ص ٢٢٠] : (**فوقع من سطح**) فلم يقيد بطرفه ، وقد يقال : الفاء في قوله : (**فوقع**) يدل علىٰ أنه كان في طرفه ؛ لتعقيب الوقوع منه للصياح .

ثالثها : لا يتقيد ذلك بالسطح ، بل لو كان علىٰ بئر أو نهر . . كان كذلك كما ذكره في « أصل الروضة »[5] ولذلك قال « الحاوي » [ص ٥٥٠] : (**فسقط من علو**) .

رابعها : اقتصر « التنبيه » و« المنهاج » علىٰ سقوطه[6] ، وفي « الحاوي » [ص ٥٥٠] : (**ارتعد**

---

(١) المنهاج (ص ٤٨٩) .
(٢) التنبيه (ص ٢٢٠) ، الحاوي (ص ٥٥٠) .
(٣) نهاية المطلب (١٦/٤٤٧) .
(٤) انظر « المحرر » (ص ٤٠٩) ، و« فتح العزيز » (١٠/٤١٥) .
(٥) الروضة (٩/٣١٣) .
(٦) التنبيه (ص ٢٢٠) ، المنهاج (ص ٤٨٩) .

فسقط) وكذا في « المحرر » و« الروضة » وأصلها[1] ، ومقتضاه : اشتراط الارتعاد ؛ ليظهر به أن السقوط من خوف الصيحة ، وقد اعتبره « المنهاج » في قوله [ص ٤٨٩] : (**ولو صاح علىٰ صيد فاضطرب صبي وسقط**) .

خامسها : قال شيخنا الإمام البلقيني : قد يتخيل أن الموت قيد ، وليس كذلك ، فلو ذهب بذلك مشي رجليه أو بطش يديه أو ضوء عينيه.. فهو مضمون كما نص عليه في « الأم » فقال : ضمن ما أصابه[2] .

سادسها : كذا حكاهما في « المحرر » قولين[3] ، وعبارته في « الشرح » : فيه وجهان ، ويقال : قولان[4] ؛ فلذلك قال في « الروضة » : في **الأصح** ، وقيل : **الأظهر**[5] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : لم يثبت العراقيون فيه خلافاً ، وحكاه القاضي والإمام وجهين[6] ، والغزالي قولين[7] ، وليس بمعتمد ؛ فالخلاف إن ثبت وجهان .

ويرد على « التنبيه » و« الحاوي » : أنه لو صاح علىٰ صيد فاضطرب الصبي وسقط من علو.. وجبت ديته مع كونه لم يصح عليه ، ولا يرد ذلك **على** « المنهاج » لذكره له بعد ذلك ، وقال : (**فدية مخففة على العاقلة**)[8] .

فإن قلت : لعلهما إنما قيدا لذلك ؛ لأن تلك مغلظة .

قلت : لم يتعرضا لتغليظ ولا تخفيف .

٤٨٠٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٠] : (**أو صاح علىٰ بالغ وهو غافل فوقع ومات.. وجبت الدية**) سوىٰ بين الغافل والصغير ، **والأصح** : خلافه ، وأنه لا تجب دية البالغ مطلقاً ، وهو مفهوم تقييد « الحاوي » بالطفل ، وصرح به « المنهاج » فقال [ص ٤٨٩] : (**ولو كان بأرض ، أو صاح علىٰ بالغٍ بطرف سطحٍ.. فلا دية في الأصح**) وفيه أمور :

أحدها : قال شيخنا الإمام البلقيني : مقتضاه : أن الصبي الذي على الأرض لا يتعلق به من صيحته ضمان ، وليس كذلك ، فلو زال عقله.. وجب الضمان كما هو مقتضىٰ نص « الأم » ، وعليه جرى الشيخ أبو حامد وغيره .

---

(١) المحرر (ص ٤٠٩) ، فتح العزيز (ص ١٠/ ٤١٥) ، الروضة (٩/ ٣١٣) .
(٢) الأم (٦/ ٨٢) .
(٣) المحرر (ص ٤٠٩) .
(٤) فتح العزيز (١٠/ ٤١٥) .
(٥) الروضة (٩/ ٣١٣) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٤٤٦) .
(٧) انظر « الوجيز » (٢/ ١٤٩) .
(٨) المنهاج (ص ٤٨٩) .

قلت : وذكره « التنبيه » فقال [ص ٢٢٠] : (**وإن صاح علىٰ صبي فزال عقله . . وجبت الدية**) و« الحاوي » فقال [ص ٥٥٠] : (**وصاح علىٰ طفل فجن**) لكن لا يرد على « المنهاج » لأن قوله : (**ولو كان**) أي : الصبي الذي صيح عليه فمات ، فكيف ترد عليه مسألة الجنون ، وهي غير المفروض ؟ غاية الأمر أنه لم يذكر مسألة الجنون .

ثانيها : أنه أهمل وصف البالغ بكونه عاقلاً ، ولا بد منه ، قال في « أصل الروضة » : والمجنون والمعتوه والذي يعتريه الوسواس والنائم والمرأة الضعيفة كالصبي الذي لا يميز[١] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : ولا بد أيضاً من أن يكون متماسكاً في وقوفه .

ثالثها : كان ينبغي أن يقول : (على النص) لأن الشافعي نص عليه في البالغ ، وقيد الصبي بكونه علىٰ طرف سطح ، ففهم منه عدم الضمان فيما إذا كان على الأرض .

رابعها : أن كلامه يفهم نفي القصاص قطعاً وهو صحيح في البالغ ، صرح به فيه القاضي حسين ، وأما في الصبي الذي على الأرض . . فكلام « أصل الروضة » يقتضي إثبات خلاف فيه ؛ فإنه حكىٰ فيه وجهاً : أنه كالسقوط من سطح[٢] ، ومقتضاه : وجوب القصاص علىٰ قول أو وجه ، وصرح به القاضي حسين فقال : وإذا صاح بصبي على الأرض فسقط ومات . . يجب الضمان والقود علىٰ ما ذكرناه ، وعبر في « المحرر » بنفي الضمان[٣] ، فيحتمل مقابله الضمان بالدية أو بالقصاص .

٤٨٠٩ـ قوله : (**ومراهق متيقظ كبالغ**)[٤] نازع فيه شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : أناط الشافعي عدم الضمان بالبلوغ مع العقل ، والضمان بالصبي بشرطه ، وصار الصبي وصفاً ضابطاً لحكمةٍ ، لا حكمةً مجردة لعدم الانضباط ، فلا يُخرِج من صور الصبي أحداً وإن كان مراهقاً ؛ لأنه لم يكمل عقله .

٤٨١٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٠] : (**وإن صاح علىٰ صبي فزال عقله**) و« الحاوي » [ص ٥٥٠] : (**وصاح علىٰ طفل**) لم يقيداه بكونه غير مميز كما لم يقيداه في السقوط من طرف سطح ، وكذا لم يقيده في « أصل الروضة » إلا أنه عبر بالصغير ، ومراده به : مطلق الصبي ، فإنه قال عقبه : وإن كان بالغاً . . فعلى الأوجه مع تقييده مسألة السقوط بأن يكون غير مميز[٥] ، فيحتمل أنه ترك القيد هنا اعتماداً علىٰ ذكره هناك ، وهو أقرب ، ويحتمل الفرق بينهما بأن تأثير الصياح في زوال العقل أشد

---

(١) الروضة (٩/٣١٤) .
(٢) الروضة (٩/٣١٣) .
(٣) المحرر (ص ٤٠٩) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٤٨٩) .
(٥) الروضة (٩/٣١٤) .

من تأثيره في السقوط من علو ، فيكتفىٰ في ضمان العقل بعدم البلوغ وإن كان مميزاً ، وفيه نظر ؛ فإن السقوط قد يعرض من رجفة ودهشة وإن لم يزال العقل .

وقيد بعض شراح « التنبيه » كلامه في مسألة زوال عقل الصبي بكونه غير مميز كما فعل في سقوطه من علو ، وقد عرفت أن الشافعي والأكثرين لم يقيدوهما بذلك ، والله أعلم .

ويعود في البالغ أنه لا بد من كونه عاقلاً مستيقظاً كما تقدم في السقوط .

٤٨١١ـ قولهما : (**ولو طلب السلطان من ذُكرت بسوءٍ فأجهضت . . ضُمن الجنين**)[١] فيه أمور :

أحدها : لا اختصاص لذلك بطلب السلطان ، بل لو فزعها إنسان بشهر سيف ونحوه . . ضمن جنينها ، وقد قال الشافعي رضي الله عنه : لأن معروفاً أن المرأة تسقط من الفزع ، وقد تناول هٰذا قول « الحاوي » في الإجهاض [ص ٥٥٧] : (**ولو بتخويف**) .

ثانيها : لا يتقيد ذلك بطلبها هي ، بل لو طلب رجلاً عندها ففزعت فأجهضت . . ضمن أيضاً ، نص عليه كما نقله شيخنا الإمام البلقيني .

ثالثها : قال شيخنا الإمام البلقيني : ولا يتقيد بأن تذكر بسوء ، بل مجرد طلب السلطان كاف في الضمان ، نص عليه ، قال شيخنا : فلو طلبها في دين فأسقطت . . ضمن إن كانت مخدرة ؛ لتعديه ، أو غير مخدرة لكنه يخاف من سطوته ، فإن لم يخف من سطوته وهي غير مخدرة . . فلا ضمان ، قال : وينبغي للحاكم أن يسأل هل هي حامل قبل أن يطلب ؟ ولم أر من يفعله ، وهو حسن .

قلت : ولهٰذا جرت العادة أن يكتب في القصص التي يطلب فيها الإعداء على امرأة : وهي برزة غير حامل ؛ فهو احتياط حسن ، والله أعلم .

رابعها : أورد عليه شيخنا أيضاً : أنه يقتضي قصور الضمان على الجنين ، مع أنها لو ماتت من الإجهاض . . ضمنها أيضاً ، خلاف ما لو ماتت بلا إجهاض .

٤٨١٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٩] : (**ولو وضع صبياً في مسبعةٍ فأكله سبعٌ . . فلا ضمان ، وقيل : إن لم يمكنه انتقالٌ . . ضمن**) فيه أمور :

أحدها : أنه يقتضي أنه لو كان بالغاً . . لم يجب الضمان قطعاً ، وبه صرح في « أصل الروضة » ثم قال : ويشبه أن يقال : الحكم منوط بالقوة والضعف لا بالصغر والكبر[٢] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وهو متعين ، والتقييد بالصبي لا معنىٰ له ، فلو قيد رجلاً وألقاه في

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٠ ، ٢٢١) ، و« المنهاج » (ص ٤٨٩) .
(٢) الروضة (٩/ ٣١٥) .

مسبعة فأكله السبع . . ضمنه بالدية عند جماعة ، فدل علىٰ أن الاعتبار بالقوة والضعف لا بالصبي والبلوغ ، إلا من جهة أن الصبي مظنة الضعف ، فإذا وجد الضعف في البالغ ـ ومنه أن يقيّد ـ . اتجه الخلاف . انتهىٰ .

وقال في « المهمات » : جزم في « المهذب » بأنه إذا ألقىٰ حراً مشدوداً في مسبعة فقتله السبع . . أنه عمد ، وهـٰذا عين ما بحثه الرافعي ، بل هو أبلغ ؛ لجعله عمداً ، فلا معنىٰ لنفي الخلاف . انتهىٰ[1] .

فإن قلت : إذا كان تقييد « المنهاج » لأجل محل الخلاف . . فلم قيد « الحاوي » مع كونه لا يحكي الخلاف ، فقال [ص ٥٥٠] : (**لا إن وضعه ـ أي : الطفل ـ في مسبعة فافترِس**) ؟

قلت : لأنه محل الخلاف وإن لم يحكه ، ويؤخذ البالغ منه من باب أولىٰ ، ويحتمل عود الضمير في كلامه على المجني عليه بأي صفة كان .

ثانيها : تناول تعبيرهما ما لو ألقاه في زبية السبع وهو فيها ، والحكم في تلك وجوب القصاص أو الدية عند امتناعه ، وقد ذكره « التنبيه » فقال [ص ٢٢٠] : (**وإن ألقاه علىٰ أفعىٰ ، أو ألقاها عليه ، أو علىٰ أسد ، أو ألقاه عليه فقتله . . وجبت ديته**) لكن **الأصح** : عدم وجوب الدية في مسألة الأفعىٰ إلا إن أنهشها إياه ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٥٥٥] : (**وإنهاش حية تقتل غالباً ، وجمعه بسبُع في ضيِّقٍ**) ولا بد من تقييد عبارة « التنبيه » بأن يكون في مضيق كما قال « الحاوي » .

ثالثها : صحح شيخنا الإمام البلقيني فيما إذا لم يمكنه التخلص : وجوب الدية ، وقال : إنه **المعتمد في الفتوىٰ** ، وحكاه عن « المهذب » و« الحاوي » في أحد جوابيه و« الوسيط »[2] .

رابعها : محل عدم الضمان أيضاً : في الحر ، فلو كان عبداً . . ضمنه باليد إن استمرت إلى الافتراس بالتكتيف ونحوه .

خامسها : كان ينبغي أن يقول : (وقيل : إن لم يمكنه تَخَلُّصٌ . . .) فقد يمكنه الانتقال ولا يمكنه التخلص مما أوقعه فيه .

٤٨١٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٠] : (**وإن طلب بصيراً بالسيف فوقع في بئر . . لم يضمن ، ولو طلب ضريراً فوقع في بئر . . ضمن**) محله في البصير : مع العلم بها ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٤٨٩] : (**فلو وقع جاهلاً لعمىً وظلمةٍ . . ضمن**) وفي الضرير : مع الجهل بها ، فلو علم بها . . لم يضمن ، كما صرح به غير واحد ، وعبر عنه النووي والإسنوي في « تصحيحيهما » بالصواب[3] ،

---

(١) المهذب (٢/ ١٩٢) ، وانظر « فتح العزيز » (١٠/ ٤١٩) .

(٢) المهذب (٢/ ١٧٦) ، الحاوي الكبير (١٢/ ٤٣) ، الوسيط (٦/ ٣٥٦ ، ٣٥٧) .

(٣) تصحيح التنبيه (٢/ ١٧٠) ، تذكرة النبيه (٣/ ٤١٧) .

فالعبرة إنما هو بالعلم بها والجهل كما عبر به في « النبيه مختصر التنبيه » فقد يعلمها الأعمىٰ ويجهلها البصير .

ثم محل ما ذكراه : في البالغ العاقل ، فلو كان المطلوب صبياً أو مجنوناً . . بني علىٰ أن عمدهما عمد أو خطأ ، إن قلنا : خطأ . . ضمن ، وإلا . . فلا .

فإن قلت : هـٰذا الإيراد علىٰ مرجوح ؛ لأن **الأصح** : أن عمدهما عمد .

قلت : بل هو **على الأصح** في حالة ؛ ففي « أصل الروضة » في شريك الصبي والمجنون عن القفال وغيره : أن الخلاف في صبي يعقل عقل مثله ومجنون له نوع تمييز ، فأما من لا تمييز له بحال . . فعمده خطأ وشريكه شريك مخطىء قطعاً ، قال : وعلىٰ هـٰذا جرى الأئمة منهم البغوي[1] .

٤٨١٤ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٩] : (**وكذا لو انخسف به سقفٌ في هربه في الأصح**) كان ينبغي أن يقول : (على النص) فقد نص عليه في « الأم »[2] ، أما لو ألقىٰ نفسه على السقف من علو فانخسف به لثقله . . فكإلقاء نفسه في بئر .

٤٨١٥ـ قولهما : (**وإن سُلم الصبي إلى السابح فغرق في يده . . وجبت الدية**)[3] فيه أمور :

أحدها : أنه قد يفهم أنه لو علمه الولي السباحة فغرق منه . . لا ضمان ، وليس كذلك ، فحكم الولي وغيره في ذلك سواء .

ثانيها : قد يفهم من لفظ التسليم أنه لو أخذه السابح بيده . . ارتقى الحال عن الدية ، وليس كذلك ؛ ولهـٰذا عبر « الحاوي » بقوله [ص ٥٥٠] : (**وعلّمه السباحة فغرق**) فسلم من الأمرين .

ثالثها : محل ذلك : ما إذا لم يقع من السابح تقصير ، فلو رفع يده من تحته عمداً فغرق . . وجب القصاص ، قاله شيخنا الإمام البلقيني .

رابعها : المراد : وجوب الدية على السابح ، صرح به الماوردي وغيره[4] ، وبحث شيخنا الإمام البلقيني أن يكون الولي وعاقلته طريقاً في الضمان إذا سلمه إليه .

٤٨١٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٠] : (**وإن غرق البالغ مع السابح . . لم تجب ديته**) كذا قاله العراقيون والبغوي ، وقال في « الوسيط » : لو خاض معه اعتماداً علىٰ يده فأهمله . . احتمل أن يجب الضمان[5] ، وحمل شيخنا الإمام البلقيني عدم الضمان علىٰ ما إذا لم يقصر السابح كما قال في

---

(١) الروضة (٩/١٦٣) ، وانظر « التهذيب » (٧/١٧٧ ، ١٧٨) .
(٢) الأم (٦/٨٢) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٠) ، و« المنهاج » (ص ٤٨٩) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٢/٣٣٩) .
(٥) الوسيط (٦/٣٥٧) .

الصبي ، قال : فأما لو رفع يده من تحته في الموضع المغرق عمداً فغرق . . فعليه الدية ، بل القصاص ؛ لأنه هو الذي أغرقه .

٤٨١٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٨٩] : (**ويضمن بحفر بئر عدوان**) فيه أمور :

أحدها : المراد بالعدوان : أن يحفرها بملك غيره أو مشترك بلا إذن أو في شارع ضيق أو واسع لمصلحة نفسه بغير إذن الإمام ، فكان الأحسن لما ذكر هـٰذه المسائل بعد ذلك أن يعدل عن قوله : (**فمضمون**) إلىٰ قوله : (**فعدوان**) كما فعل « المحرر »[١] فإن المذكور بعد ذلك تفسير العدوان ، فأما ضمان العدوان . . فقد ذكره أولاً ، فلا معنىٰ لتكراره مع إيهامه أن هـٰذه الصور غير حفر العدوان.

ثانيها : أنه لا يضمن بمجرد حفر العدوان حتىٰ يستمر العدوان إلى السقوط فيها ، فلو رضي المالك بإبقائها . . زال الضمان في **الأصح** ، وكذا لو اشترى المتعدي تلك البقعة من مالكها ، وكذا لو منعه المالك من الطم كما قاله المتولي ، ورجحه شيخنا الإمام البلقيني ؛ لتضمنه الرضا بإبقائها خلافاً للإمام[٢] .

ثالثها : يشترط في الضمان أيضاً : ألاَّ يتعدى الداخل علىٰ ما رجحه شيخنا الإمام البلقيني ، وفي المسألة وجهان في « أصل الروضة » بلا ترجيح[٣] ، فإن أذن له المالك في الدخول وعرفه بالبئر . . فلا ضمان ، وإن لم يعرف بها . . فهل يضمن الحافر أو المالك ؟ وجهان في « تعليق القاضي حسين » بلا ترجيح ، قال شيخنا الإمام البلقيني : **والأرجح** : أنه على المالك ؛ لأنه مقصر ؛ لعدم إعلامه ، فإن كان ناسياً . . فعلى الحافر .

٤٨١٨ـ قوله : (**لا في ملكه وموات**)[٤] فيه أمران :

أحدهما : قيد في « التنبيه » الحفر في موات بقوله [ص ٢٢١] : (**ليتملكها أو لينتفع بها**) وكذا في « أصل الروضة »[٥] ، وكأنه للاحتراز عن حفرها عبثاً ؛ فإنه عدوان يضمن به .

ثانيهما : يحتمل أن مراده : لا في ملكه وموات فلا عدوان فيه ، وهو الموافق لعبارة « المحرر »[٦] ، أو فلا ضمان فيه وإن كان عدواناً .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وعلىٰ كل من الاحتمالين يرد ما إذا حفر حفرة واسعة في ملكه قريباً من أرض جاره بحيث يؤدي إلىٰ إضرار أرض جاره . . فإنه يكون متعدياً ضامناً لمن وقع في موضع

---

(١) المحرر (ص ٤١٠) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٥٦٣) .
(٣) الروضة (٩/ ٣١٧) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٤٨٩) .
(٥) الروضة (٩/ ٣١٧) .
(٦) المحرر (ص ٤١٠) .

التعدي ، قال : وكلامهم في إحياء الموات شاهد لهٰذا ، قال : ويرد عليه على الاحتمال الأول ما لو حفر في ملكه المرهون المقبوض بغير إذن المرتهن ، أو في ملكه الذي آجره إجارة صحيحة . . فهو حفر عدوان ، ولا ضمان لو سقط فيه إنسان غير متعد بالدخول ، قال : فلو سقط المستأجر . . ففيه نظر ، **والقياس** : أنه لا يضمن .

قلت : إنما ينبغي أن يكون الحفر في المرهون تعدياً إذا نقصت به قيمة الأرض ، وإلا . . فلا منع منه ، والله أعلم .

٤٨١٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢١] : (**وإن حفر بئراً في ملكه فاستدعىٰ** رجلاً **فوقع فيها فهلك ؛ فإن كانت ظاهرة . . لم يضمن ، وإن كانت مغطاة . . ففيه قولان**) **الأظهر** : أنه يضمن إن لم يعلمه بها ، ولا رأىٰ أثراً يدل عليها أو كان أعمىٰ ، وقول « المنهاج » [ص ٤٨٩] : (**ولو حفر بدهليزه بئراً ودعا رجلاً فسقط . . فالأظهر : ضمانه**) هو من الصور الداخلة في عبارة « التنبيه » لأن ملكه أعم من دهليزه ، لكنه غاير في « أصل الروضة » بينهما ، فقال فيما إذا حفر في ملك نفسه : فلو دخل ملكه داخلٌ بإذنه وتردىٰ فيه . . لم يجب ضمانه إذا عرفه المالك أن هناك بئراً ، أو كانت مكشوفة والداخل متمكن من التحرز ، فأما إذا لم يعرّفه والداخل أعمىٰ أو الموضع مظلم . . ففي « التتمة » : أنه كما لو دعاه إلىٰ طعام مسموم فأكله .

ولو حفر بئراً في دهليز داره ودعا إليها رجلاً فتردىٰ فيها . . ففي الضمان قولان سبقا في أول (الجنايات) ، **أظهرهما** : الوجوب . انتهىٰ[1] .

ثم في عبارة « المنهاج » أمور :

أحدها : أن مقتضاها : أنه لا قصاص في الصورة التي ذكرها ؛ لذكره في موجبات الدية ، وهو **الأظهر** في « أصل الروضة »[2] ، لكن ذكرها « الحاوي » في موجب القصاص فقال : (**وتغطية بئر الممر**) ويوافقه أن الشافعي رضي الله عنه **رجح** في تقديم الطعام المسموم لبالغ عاقل من غير بيان حاله : وجوب القصاص ، فقال : إنه أشبههما[3] ، وقد جمع في « أصل الروضة » بين هاتين المسألتين ، **ورجح** فيهما عدم القصاص كما تقدم ، ومقتضىٰ ترجيح الشافعي في نظيرها وجوب القصاص ترجيحه فيها .

ثانيها : لا بد من تقييده بألاَّ يعلمه بها ولا يرىٰ أثراً يدل عليها ؛ لظلمة أو تغطية أو كان أعمىٰ كما تقدم في عبارة « التنبيه » .

---

(١) الروضة (٩/٣١٦ ، ٣١٧) .

(٢) الروضة (٩/٣١٦ ، ٣١٧) .

(٣) انظر « الأم » (٦/٤٢ ، ٤٣) .

ثالثها : قد يفهم من تعبيره بالرجل أن الصبي ليس كذلك ، وقد عبر به في « أصل الروضة » هنا ، لكنه عبر في صدر كلامه بالداخل[1] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : لو كان صبياً غير مميز . . ضمنه قطعاً ، بل يجب القصاص عند التكافؤ وكذلك المكره ، وقول « المنهاج » : (**ودعاه**) يخرج الإكراه . انتهىٰ .

وحمل بعضهم كلام « الحاوي » علىٰ ما إذا كان الداخل غير مكلف .

٤٨٢٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢١] : (**وإن كان في داره كلب عقور فاستدعىٰ إنساناً فعقره . . فعلى القولين**) أي : في البئر المغطاة ، ومقتضاه : **تصحيح** الضمان ، وكذا **صححه** النووي في « تصحيحه » ، لكن في « الروضة » الجزم بأنه لا قصاص ولا ضمان ، قال : ولا يجعل على الخلاف الذي سبق في حفر البئر في الدهليز وتغطية رأسها ؛ لأن الكلب يفترس باختياره ، ولأنه ظاهر يمكن دفعه بالعصا والسلاح . انتهىٰ[2] .

وهـٰذا إذا لم يعلم الداخل أنه عقور ، فإن علم ذلك . . فلا ضمان جزماً ، وكذلك لو كان مربوطاً فصار إليه المستدعىٰ جاهلاً بحاله .

٤٨٢١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢١] : (**وإن حفر بئراً في طريق المسلمين . . وجب الضمان**) أي : لمصلحة نفسه ؛ بدليل قوله بعد ذلك : (**وإن حفر البئر في طريق واسع لمصلحه الناس**)[3] ويستثنىٰ من الضمان : ما إذا كان غير ضار ؛ لسعة الطريق أو انعطاف موضع البئر وأذن فيه الإمام كما ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[4] ، وقال في « أصل الروضة » : إنه **الأصح** ، وبه قطع العراقيون والمتولي والروياني ، قال : وهـٰذا جار علىٰ ما سبق في (إحياء الموات) أن **الأصح** الذي عليه الأكثرون : أنه يجوز أن يقطع الإمام من الشوارع ما لا ضرر فيه ، وأن للمقطع أن يبني فيه[5] .

ولم يسبق له ذلك في (إحياء الموات)، والذي سبق هناك : أن لإقطاع الإمام مدخلاً في الشوارع بالنسبة إلى الارتفاق بالجلوس فيها على **الأصح** عند الجمهور ، وهو **المنصوص**[6] ، وظاهر كلامهم : إذن الإمام قبل الحفر ، لكن حكىٰ أبو الفرج الزاز عن الأكثرين أن إجازة الإمام ذلك وتقريره بعد وقوعه ينزل منزلة الإذن المقارن ، وصرح به الشيخ أبو حامد في الحفر لمصلحة عامة .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ومقتضى الفقه : عدم الفرق بينه وبين الحفر لمصلحة نفسه .

---

(١) الروضة (٩/٣١٦ ، ٣١٧) .
(٢) الروضة (٩/١٤٤) .
(٣) التنبيه (ص ٢٢١) .
(٤) الحاوي (ص ٥٤٩ ، ٥٥٠) ، المنهاج (ص ٤٨٩) .
(٥) الروضة (٩/٣١٨) .
(٦) الروضة (٩/٢٩٥) .

٤٨٢٢- قول « التنبيه » [ص ٢٢١] : (**وإن حفر البئر في طريق واسع لمصلحة الناس ، أو بنىٰ مسجداً أو علق قنديلاً في مسجد أو فرش فيه حصيراً ولم يأذن له الإمام في شيء من ذلك فهلك به إنسان . . فقد قيل : يضمن ، وقيل : لا يضمن**) **الأصح** : عدم الضمان ، وعليه مشى « المنهاج » في البئر فقال : (**إذا كان بغير إذن الإمام لمصلحة عامة . . فلا في الأظهر**) ، وهو مفهوم قول « الحاوي » [ص ٥٤٩ ، ٥٥٠] : (**ولغرضه دون إذن الإمام**) وهنا أمور :

أحدها : أن كلام « التنبيه » يقتضي أن الخلاف وجهان ، وصرح به في « المهذب »[1] ، وسبقه إليه الشيخ أبو حامد ، وحكاه في « الروضة » و« المنهاج » قولين[2] ، وحكى الرافعي في « الشرح » الخلاف في ذلك[3] .

ثانيها : قد عرفت أن تقرير الإمام عليه بعد فعله كابتداء الإذن فيه كما صرح به الشيخ أبو حامد ، وحكاه الزاز عن الأكثرين .

ثالثها : محل الخلاف : ما إذا لم ينهه الإمام عن ذلك ، فإن نهاه ففعل . . كان ضامناً ، ذكره أبو الفرج الزاز ، وهو ظاهر .

رابعها : ما ذكره « التنبيه » في بناء المسجد هو فيما إذا بناه للمسلمين ، فإن بناه لنفسه . . فكالحفر له ، ذكره في « الكفاية » .

٤٨٢٣- قول « المنهاج » [ص ٤٩٠] : (**ومسجدٌ كطريقٍ**) يقتضي أنه يجوز أن يحفر فيه بئراً لمصلحة نفسه خاصة بإذن الإمام ، قال شيخنا الإمام البلقيني : وهـٰذا لا يقوله أحد ، قال : وأما الحفر للمصلحة العامة . . فلا يجوز أيضاً ؛ لأن الواقف إنما جعل المسجد للصلاة ، فإن حفر بالوعة لاحتياج المسجد إليها علىٰ وجه لا يخل بمقصود الواقف في الصلاة . . لم أمنع من ذلك . انتهىٰ .

٤٨٢٤- قوله : (**وما تولد من جناح إلىٰ شارعٍ فمضمونٌ**)[4] مثل قول « الحاوي » في المضمونات [ص ٥٥٠] : (**كالإشراع**) وفيه أمران :

أحدهما : أنه قد يفهم أنه يجب به ضمان الكل سواء سقط الكل أو البارز فقط ، وليس كذلك ، بل هو كالميزاب ؛ إن سقط كله . . فالواجب النصف ، أو الخارج فقط . . ضمن الكل .

ثانيهما : قد يفهم الضمان ولو تولد الهلاك منه بغير سقوطه ؛ كما إذا صدمه راكب شيء عال ، أو سقط منه حيوان ؛ كفأر ونحوه فتلف بذلك شيء ، وليس كذلك ، فلا ضمان فيهما كما ذكره

---

(١) المهذب (٢/١٩٣) .

(٢) الروضة (٩/٣١٨) ، المنهاج (ص ٤٩٠) .

(٣) فتح العزيز (١٠/٤٢٣) .

(٤) انظر « المنهاج » (ص ٤٩٠) .

شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : لم أر من تعرض له ، **والقياس** ما ذكرته ، ولا يرد شيء من ذلك علىٰ قول « التنبيه » [ص ٢٢١] : **(وإن أخرج روشناً إلى الطريق فوقع علىٰ إنسان ومات . . ضمن نصف الدية ، وإن تقصف من خشبه الخارج شيء فهلك به إنسان . . ضمن جميع الدية)** .

لكن يرد عليه : أن الروشن في اللغة : الكوة كما ذكره في « الصحاح » ، فتعبيرهما بالجناح أولىٰ ؛ ولهٰذا عبر به ابن يونس في « النبيه » ، وهي عبارة « المهذب »[1] ، لكن قال النووي في « التحرير » : الروشن : الخارج من الخشب[2] ، ثم كلام « التنبيه » صريح في أن الضمان على المخرج للروشن ؛ أي : عاقلته ، ومقتضاه : استمرار ذلك ولو باعه ، وكذا حكاه في « أصل الروضة » عن البغوي[3] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : **الأصح** عندي : لزومه لعاقلة المالك له حالة التلف ، قال : ولو تعلق بعاقلة الواضع كما قال البغوي . . لتعلق بعاقلة الصانع الذي وضعه للمالك . انتهىٰ .

ولا يرد ذلك علىٰ عبارة « المنهاج » و« الحاوي » لأنهما أطلقا الضمان ولم يبينا المضمون عليه ، وإن أورده شيخنا الإمام البلقيني على « المنهاج » .

٤٨٢٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٠] : **(ويحل إخراج الميازيب إلىٰ شارع)** فيه أمران :

أحدهما : محله : ما إذا كانت عالية لا تضر بالمارة كما في الجناح .

ثانيهما : قيده شيخنا الإمام البلقيني بالمسلم ، قال : فيمتنع على الذمي كالجناح **على الأصح** ، قال : ويحتمل ترتيبها على الجناح ؛ لأن الجناح يمشي عليه الذمي ويقعد وينام ، فكان أشد من إعلاء بنائه ، بخلاف الميزاب ، قال : **والأرجح** : أنه لا فرق[4] .

٤٨٢٦ـ قوله : **(وإن سقط كله . . فنصفه في الأصح)**[5] يقتضي أن الخلاف وجهان ، وهو في « أصل الروضة » وجهان أو قولان[6] ، وحكاه الماوردي قولين ، قال : وقال الشافعي : لا أبالي بأي طرفيها أصابه ؛ لأنه قتله بثقلها[7] .

٤٨٢٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢١] : **(وإن بنىٰ حائطاً في ملكه فمال إلى الطريق فلم ينقضه حتىٰ وقع علىٰ إنسان فقتله . . لم يجب الضمان علىٰ ظاهر المذهب ، وقيل : يضمن)** شرطه : أن يمكنه

---

(١) المهذب (٢/١٩٣) .

(٢) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٣٠٠) .

(٣) الروضة (٩/٣٢١) ، وانظر « التهذيب » (٧/٢٠٨ ، ٢٠٩) .

(٤) انظر « حاشية الرملي » (٤/٧٢) .

(٥) انظر « المنهاج » (ص ٤٩٠) .

(٦) الروضة (٩/٣٢٠) .

(٧) انظر « الحاوي الكبير » (١٢/٣٨٢ ، ٣٨٣) .

هدمه أو إصلاحه ، كما صرح به « المنهاج »[1] ، وتعبيره عنه بـ(قيل) يقتضي أن مقابله وجه بمقتضىٰ إصلاحه ، وكذا في « الروضة » وأصلها أن الخلاف وجهان ، لكن الأول هو **المنصوص** في « المختصر »[2] ، وسوىٰ في « أصل الروضة » بين ميله إلى الشارع وميله إلىٰ ملك جاره[3] ، ومقتضاه : **تصحيح** عدم الضمان في الثانية أيضاً ، لكن **صحح** فيها شيخنا الإمام البلقيني : الضمان .

٤٨٢٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٠] : (**ولو سقط بالطريق فعثر به شخص أو تلف مال . . فلا ضمان في الأصح**) قال شيخنا الإمام البلقيني : محله : ما إذا لم يقصر في رفعه ، فإن قصر في رفعه . . كان ضامناً ؛ لتعديه بالتأخير .

٤٨٢٩ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**ولو طرح قمامات وقشور بطيخ بطريق . . فمضمون على الصحيح**)[4] فيه أمور :

أحدها : محله : ما إذا كان المتعثر بها جاهلاً بها ، فلو علم بها ومشىٰ عليها قصداً . . فلا ضمان .

ثانيها : قال الرافعي : ولك أن تقول قد : يوجد بين العمارات مواضع معدة لذلك ، تسمى الساباطات والمزابل ، وتعد من المرافق المشتركة بين سكان البقعة ، فيشبه أن يقطع بنفي الضمان إذا كان الإلقاء فيها ؛ فإنه استيفاء منفعة مستحقة ، ويخص الخلاف بغيرها[5] .

ورده شيخنا الإمام البلقيني : بأن تلك المزابل إن كانت في منعطف غير داخل في حكم الشارع . . فلا حاجة لذكرها ؛ لأن الكلام في الشارع ، وإلا . . فليس لهم فعل ذلك فيها حتىٰ يقال : قد استوفوا منفعة مستحقة .

ثالثها : تعبير « المنهاج » بالصحيح يقتضي ضعف مقابله ، وقد قال في « أصل الروضة » : إنه قطع به الجمهور[6] ، لكن نازع في ذلك شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : إن مقابله قوي ؛ لفعل الناس له في الأعصار والأمصار من غير إنكار ، وذلك يدل علىٰ أنه من مرافق الشارع ، ثم بسط ذلك ، ثم قال : **والأصح** عندنا في قشور البطيخ : أنه يقتضي الضمان ، وفي القمامة غيره : أنها لا تقتضي ضماناً .

٤٨٣٠ـ قول « الحاوي » [ص ٥٤٩] : (**ورشَّ ماءً لا لعامٍّ مصلحةٍ**) أي : فلا يضمن فيما إذا كان لعام مصلحة . محله : ما إذا لم يجاوز العادة .

---

(١) المنهاج (ص ٤٩٠) .
(٢) مختصر المزني (ص ٢٤٩) .
(٣) الروضة (٩/٣٢١) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٢١) ، و« الحاوي » (ص ٥٤٩) ، و« المنهاج » (ص ٤٩٠) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٠/٤٢٩) .
(٦) الروضة (٩/٣٢٢) .

٤٨٣١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢١] : (**فإن حفر بئراً ووضع آخر حجراً فعثر إنسان بالحجر ووقع في البئر فمات.. وجب الضمان علىٰ واضع الحجر**) و« الحاوي » [ص ٥٥١] : (**وأول الشرطين ؛ كحفرٍ ونصب نصلٍ فيه**) محله : ما إذا كان الأول ـ أي : في الإتلاف ـ متعدياً كما صرح به « المنهاج » ، قال [ص ٤٩٠] : (**فإن لم يتعد الواضع.. فالمنقول : تضمين الحافر**) قال الرافعي : وينبغي أن يقال : لا يتعلق بالحافر والناصب كما سنذكره فيما لو حفر بئراً عدواناً وحصل حجر علىٰ طرف البئر بحمل السيل أو بوضع حربي أو سبع فعثر رجل بالحجر ووقع في البئر فهلك.. فلا ضمان علىٰ أحد ، قال : ويدل عليه أن المتولي قال : لو حفر بئراً في ملكه ونصب غيره فيها حديدة فوقع رجل في البئر فجرحته الحديدة ومات.. فلا ضمان علىٰ واحد منهما . انتهىٰ[١] . فكيف يقال : المنقول : كذا ، وهـٰذا نقل آخر يخالفه ؟!

وقد عبر في « الروضة » وأصلها بالمنقول مع ذكرهما كلام المتولي هـٰذا[٢] ؛ فكأنهما أرادا : المنقول المشهور ، وفرق شيخنا الإمام البلقيني بين مسألتنا ومسألة السيل : بأن الأول فعل ممن يقبل الضمان ، فإذا سقط عنه لعدم تعديه.. لم يسقط عن المتعدي ، بخلاف السيل ونحوه ؛ فإنه ليس متهيّأً للضمان أصلاً ، فسقط الضمان بالكلية ، ثم خالف ما ذكره الرافعي في مسألة السيل ، وإن ذكره القاضي حسين وغيره ، **وصحح** : أنه يضمن حافر البئر وفاقاً لما جزم به الماوردي فيما إذا برزت بقلة من الأرض فعثر بها مار وسقط على الحديدة المنصوبة بغير حق فمات.. أن ضمانه علىٰ واضع الحديدة[٣] ، قال شيخنا : وهو القوي الجاري على القواعد . انتهىٰ .

وادعىٰ شيخنا ابن النقيب أن قول « المنهاج » [ص ٤٩٠] : (**عدواناً**) يعود إلىٰ وضع الحجر فقط ؛ فإن الحافر لا شيء عليه سواء حفر متعدياً أم في ملكه ، ثم قال في قوله : (**فالمنقول : تضمين الحافر**) أي : إذا كان متعدياً[٤] ، فصرف الدلالة الظاهرة عن مدلولها ، ثم احتاج بعد ذلك إلىٰ تقديرها ، **فالصواب** : عوده إليهما كما هو قاعدة الشافعي رضي الله عنه ويدل لذلك أنه في « الروضة » وأصلها في تصوير هـٰذه المسألة صورها بأن يكون حفر البئر عدواناً[٥] ، والله أعلم .

٤٨٣٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٠] : (**ولو وضع حجراً وآخران حجراً فعثر بهما.. فالضمان أثلاث ، وقيل : نصفان**) رجح شيخنا الإمام البلقيني : الثاني ؛ لأن التعثر بالحجرين ، فالتوزيع عليهما ؛ لأنهما اللذان لاقيا البدن ، وليس هـٰذا كالجراحات التي لها نكاية في الباطن ، بل

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٤٣١ ، ٤٣٢) .

(٢) فتح العزيز (١٠/ ٤٣١) ، الروضة (٩/ ٣٢٥) .

(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١٢/ ٣٧٢) .

(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٧/ ٢٥٨) .

(٥) فتح العزيز (١٠/ ٤٣٢) ، الروضة (٩/ ٣٢٤) .

هو إلىٰ صورة الضربات أقرب ، بل أولىٰ بالحكم فيها .

٤٨٣٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٠] : **(ولو عثر بقاعدٍ أو نائمٍ أو واقفٍ بالطريق ، وماتا أو أحدهما . . فلا ضمان إن اتسع الطريق)** تبع فيه « المحرر »[١] ، وهو وهمٌ لا يعرف في غيره ، والمجزوم به في « الروضة » وأصلها أن علىٰ عاقلة العاثر دية القاعد والنائم والواقف ، وأما العاثر : فإنه هدر ، وسواء كان القاعد أو الواقف بصيراً أو أعمىٰ ، وسواء أكان في طريق واسع كما صوره « المنهاج » ، أو في ملكه أو في موات[٢] ، لكن حكىٰ شيخنا الإمام البلقيني الخلاف في ذلك ، قال : بل صحح القاضي حسين والإمام والغزالي في « البسيط » : أنه يهدر دم القاعد والنائم أيضاً ، وإنما تجب دية الواقف ، وهو ظاهر النص[٣] .

٤٨٣٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٢] : **(وإن قعد في طريق ضيق فعثر به إنسان وماتا . . وجب علىٰ كل واحد منهما دية الآخر)** الذي في « أصل الروضة » : **أن المذهب المنصوص** : أن دم القاعد مهدر[٤] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال في المضمون [ص ٥٤٩] : **(كأن قعد فتعثر به ماشٍ وهدر)** أي : القاعد ، وبقائم عكس ، لكنه أطلق هـٰذا الكلام ، ومحله : في الضيق ، فإن كان واسعاً . . فبالعكس كما تقدم ، وعليه مشى « المنهاج » أيضاً فقال [ص ٤٩٠] : **(وإلا . . فالمذهب : إهدار قاعد ونائم لا عاثر بهما ، وضمان واقف لا عاثرٍ به)** ونازع شيخنا الإمام البلقيني في أن هـٰذا هو المذهب ، وقال : لم يصححه غير البغوي[٥] ، قال : والذي يعتمد عليه في ذلك نصه في « الأم » ، وهو : إهدار العاثر ، وضمان الواقف والقاعد والنائم[٦] ، وأنه يستوي في ذلك اتساع الشارع وضيقه .

وذهب العراقيون إلىٰ أنه إذا وقف أو قعد في طريق ضيق فعثر به إنسان وماتا . . فعلىٰ كل واحد منهما دية الآخر ، حكاه ابن الصباغ عن نصه في **القديم** ، وقال : فأما قوله الجديد الذي نقله المزني : فدية الصادم هدر ، فأكثر أصحابنا قالوا : إنما أراد : إذا كان الطريق واسعاً . انتهىٰ .

وهـٰذا كله إذا لم يكن من الواقف فعل ، فإن كان ؛ بأن انحرف إلى الماشي فأصابه في انحرافه وماتا ، فهما كماشيين اصطدما . . فعلىٰ كل واحد منهما نصف دية الآخر .

واعلم : أنا حيث قلنا في هـٰذا الفصل : يجب الضمان . . فالمراد : أنه يتعلق الضمان بفعله ، وهو مضروب علىٰ عاقلته .

---

(١) المحرر (ص ٤١١) .
(٢) فتح العزيز (١٠/ ٤٣٣) ، الروضة (٩/ ٣٢٦) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٤٨١) .
(٤) الروضة (٩/ ٣٢٦) .
(٥) انظر « التهذيب » (٧/ ١٨٣) .
(٦) الأم (٦/ ٨٦) .

٤٨٣٥ـ قول « الحاوي » [ص ٥٤٩] : (**كلٌّ في شارع**) كذلك المسجد ، لكن لو جلس فيه لأمر ينزه المسجد عنه ، أو نام غير معتكف . . فهو كما لو نام في الطريق ، حكاه في « أصل الروضة » عن البغوي ، وأقره[1] .

فصل

[في الاصطدام]

٤٨٣٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٢] : (**وإن اصطدما فماتا . . وجب علىٰ كل واحد منهما نصف دية الآخر**) لا يخفىٰ أن الكلام في الحرين، وصرح به «المنهاج» و«الحاوي»[2]، وسنتكلم عليه بعد ذلك ، وقوله : (**وجب علىٰ كل واحد منهما**) أي : يتعلق بفعله ، وهو مضروب على العاقلة ، وهي دية مخففة إن كان بلا قصد ، ومغلظة مع القصد ، وقد صرح بذلك « المنهاج » فقال [ص ٤٩٠] : (**اصطدما بلا قصد . . فعلىٰ عاقلة كلٍّ نصف ديةٍ مخففةٍ ، وإن قصدا . . فنصفها مغلظة**) أي : على العاقلة أيضاً كما يفهمه كلامه ، وصرح به في « المحرر »[3] ، وهـٰذا الذي ذكرناه من أنها مع القصد على العاقلة أيضاً هو الذي نص عليه في « الأم »[4] ، وحكاه الرافعي عن الأكثرين ؛ لأن الغالب أن الاصطدام لا يفضي إلى الموت ، فلا يتحقق فيه العمد المحض ؛ ولذلك لا يتعلق به القصاص إذا مات أحدهما دون الآخر ، وذهب أبو إسحاق إلىٰ أنه عمد ، وتجب الدية في تركتهما ، واختاره الإمام والغزالي[5] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٥٧٧] : (**وعلىٰ عاقلة كلٍّ نصف دية الآخر ، لا إن تعمدا**) ثم قال شيخنا الإمام البلقيني : إنه لو كان أحدهما ضعيفاً وحركته ضعيفة بحيث يقطع بأنه لا أثر لحركته مع الآخر . . فهو كالواقف، فيهدر القوي ، وعلىٰ عاقلته دية الضعيف كما سيأتي عن الإمام في الدابتين[6] .

٤٨٣٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٠] و« الحاوي » [ص ٥٧٧] فيما إذا مات مركوباهما : (**وفي تركة كلٍّ نصفُ قيمة دابة الآخر**) قال الإمام : لكن لو كانت إحدى الدابتين ضعيفة بحيث يقطع أنه لا أثر لحركتها مع قوة الدابة الأخرىٰ . . لم يتعلق بحركتها حكم ؛ كغرز الإبرة في جلدة العقب مع الجراحات العظيمة ، حكاه عنه في « أصل الروضة »[7] ، وهو محتمل للقيد والوجه ، وجعله شيخنا

---

(١) الروضة (٩/٣٢٧) ، وانظر « التهذيب » (٧/١٨٤) .
(٢) الحاوي (ص ٥٧٧) ، المنهاج (ص ٤٩٠) .
(٣) المحرر (ص ٤١١) .
(٤) الأم (٦/٨٦) .
(٥) فتح العزيز (١٠/٤٤١) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٦/٤٦٦ ، ٤٦٧) ، و« الوجيز » (٢/١٥١) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (١٦/٤٦٦) .
(٧) الروضة (٩/٣٣٢) .

الإمام البلقيني قيداً ، ثم أورد عليه قول الشافعي رضي الله عنه : (وسواء كان أحد الراكبين علىٰ فيل والآخر علىٰ كبش ، أو كانا علىٰ دابتين سواء ومتقاربتين)[1] ثم قال : للإمام أن يقول : للكبش حركة لها وقع ، والكلام في دابة ضعيفة يقطع بأنه لا أثر لحركتها مع الدابة الأخرىٰ .

قلت : للكبش حركة لكن مع صدمة الفيل . . فلا ، والله أعلم .

٤٨٣٨ـ قول « المنهاج » في الصبيين والمجنونين [ص ٤٩١] : (**وقيل : إن أركبهما ولي . . تعلق به الضمان**) فيه أمور :

أحدها : قد يفهم أن المراد : ولي المال ، وليس كذلك ، بل المراد هنا كما قال شيخنا الإمام البلقيني : ولي الحضانة الذكر ، قال : وذلك ظاهر من قول الشافعي رضي الله عنه : (أو حملهما عليها أبواهما أو ولياهما في النسب)[2] ، قال : ومن ذلك يؤخذ أن المعتق لا يدخل في ذلك ، ولا كل الإناث ، ولا كل ذكر لا حق له في الحضانة ، ويدخل السلطان في ذلك ؛ لأن له الحضانة ، وإنما قيد الشافعي بالنسب ؛ لإرادته الولاية الخاصة ، وقد عرف انتقال الحضانة للسلطان عند فقد القريب ، قال : وقد عرف أن ولاية النسب هنا لا تكون إلا بالحضانة ؛ فلذلك قلنا : إن المراد به : ولي الحضانة ، ولم أر من تعرض لذلك .

ثانيها : قال في « أصل الروضة » : الوجهان مخصوصان بما إذا ظهر ظن السلامة ، فأما إذا أركبه الولي دابة شرسة جموحاً . . فلا شك أنه يتعلق به الضمان[3] .

ثالثها : قال في « أصل الروضة » أيضاً : كذا أطلق جماعة الوجهين ، وخصهما الإمام لإركاب لزينة أو حاجة غير مهمة ، فأما إذا مست حاجة أرهقت إلىٰ إركابه للنقل من مكان إلىٰ مكان . . فلا ضمان قطعاً[4] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وينبغي أن يضاف إلىٰ ذلك : ألاّ ينسب الولي إلىٰ تقصير في ترك من يكون معهما ممن جرت العادة بإرساله مع الصبيان .

رابعها : فهم من تعبيره بـ (قيل) أن المرجح وجه أيضاً ، وبه صرح في « أصل الروضة »[5] ، وليس كذلك ، بل نص عليه في « الأم »[6] .

---

(١) انظر « الأم » (٦/ ٨٥) .
(٢) انظر « الأم » (٦/ ٨٦) .
(٣) الروضة (٩/ ٣٣٤) .
(٤) الروضة (٩/ ٣٣٤) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٤٧٩) .
(٥) الروضة (٩/ ٣٣٣ ، ٣٣٤) .
(٦) الأم (٦/ ٨٦) .

٤٨٣٩ـ قولهم ـ والعبارة لـ«المنهاج» ـ: (**ولو أركبهما أجنبي . . ضمنهما ودابتيهما**)[١] فيه أمور :

أحدها : قال شيخنا الإمام البلقيني في « حواشيه » : الذي يظهر لي ـ والله أعلم بالصواب ـ أن الصبيين إذا كانا حرين . . فالحر لا يدخل تحت اليد ، والركوب ليس من الشروط المقتضية للضمان فضلاً عن الإركاب ؛ وحينئذ . . فينبغي ألاَّ يضمن المركب من أركبه ولا من تلف بمن أركبه ، وسواء أقلنا : عمد الصبي عمد أم خطأ ، ويكون كما لو ركبا بأنفسهما .

ثانيها : قال شيخنا المذكور في « تصحيحه » : هـٰذا مشكل علىٰ تصحيح المصنف فيمن وضع صبياً في مسبعة بحيث لا قدرة له على التخلص ، فافترسه السبع . . من أنه لا ضمان **وصححنا** هناك خلافه ، وهـٰذه المسألة تشهد لنا ؛ فإن الإركاب مع كون الصبي يستمسك في الركوب على الدابة يبعد فيه الهلاك ، وطرح الصبي في الأرض المذكورة يقرب فيه الهلاك .

ثالثها : قال شيخنا في « تصحيحه » أيضاً : محل ضمان الأجنبي : إذا كان مثلهما لا يضبط الدابة ، فإن كان يضبطها . . فهو كما لو ركبا بأنفسهما ، قال الشافعي رضي الله عنه : (فإن حملهما أجنبيان ومثلهما لا يضبط الدابة . . فدية من أصابا علىٰ عاقلة الذي حملهما ؛ لأن حملهما عدوانٌ عليهما ، فيضمن ما أصابا في حملهما)[٢] .

رابعها : قال في « الوسيط » : لو تعمد الصبي والحالة هـٰذه . . احتمل أن يحال الهلاك عليه إذا قلنا : عمده عمد ؛ لأن المباشرة مقدمة على السبب ، قال الرافعي : وهـٰذا احتمال حسن ، فإن قيل به . . فحكمه كما لو ركبا بأنفسهما ، والاعتذار عنه تكلف[٣] .

٤٨٤٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩١] و« الحاوي » [ص ٥٧٨] : (**وعبدان مهدران**) فيه أمور :

أحدها : يستثنىٰ من ذلك : ما إذا امتنع بيعهما مطلقاً ؛ كابني مستولدتين أو موقوفين أو منذور إعتاقهما فلا يهدران ؛ لأنهما حينئذ كالمستولدتين ، وحكم المستولدتين أن علىٰ سيد كل واحدة فداء النصف الذي جنت عليه مستولدته للآخر بأقل الأمرين من قيمتها وأرش الجناية ؛ لأنه باستيلادها مانع من بيعها ، وإن كان لفظ العبد يتناول الأمة . . استثنيت المستولدتان أيضاً ، وقد ذكرها « الحاوي » فقال [ص ٥٧٨] : (**وتقاصتا في مستولدتين ، وإن ساوتا مئتين ، ومئةً فضل خمسون**) .

ثانيها : ويستثنىٰ أيضاً : المغصوبان ، فعلى الغاصب فداء كل نصف منهما بأقل الأمرين .

ثالثها : استثنىٰ شيخنا الإمام البلقيني مع هاتين الصورتين : ما إذا أوصىٰ أو وقف لأرش

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٢) ، و« الحاوي » (ص ٥٧٨) ، و« المنهاج » (ص ٤٩١) .

(٢) الوسيط (٦/ ٣٦٣) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٤٤٤) .

ما يجنيه العبدان ، قال : فيصرف منه لسيد كل عبد نصف قيمة عبده ، قال : وهـٰذا وإن لم يتعرضوا له فقهه واضح .

٤٨٤١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩١] : (**أو سفينتان . . فكدابتين ، والملاحان كراكبين إن كانتا لهما ، فإن كان فيهما مال لأجنبي . . لزم كلاً نصف ضمانه ، وإن كانتا لأجنبي . . لزم كلاً نصف قيمتهما**) محله : فيما إذا كان الاصطدام بفعل الملاحين ، أو قصّرا في الضبط مع إمكانه ، أو سيرا في ريح شديدة ، فإن لم يكن شيء من ذلك . . فذكر « التنبيه » فيه قولين : **ثانيهما** : أنه لا ضمان ، وهـٰذا الثاني هو **الأظهر**[١] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٥٧٨]: (**وغلبة الريح بحلفه تُهدر**) .

ويرد عليه وعلى « المنهاج » في إطلاقهما أن الملاح كالراكب : أن الملاحين لو تعمدا الاصطدام بما يعده أهل الخبرة مفضياً إلى الهلاك فغرقا . . فنصف دية كل منهما في تركة الآخر ، بخلاف المصطدمين ؛ فإنه علىٰ عاقلته كما تقدم ، وقد ذكر ذلك في « أصل الروضة » بالنسبة لإيجاب القصاص لأولياء الركاب على الملاحين[٢] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : ويجري حكم العمد في الدية أيضاً بالنسبة إليهما ، ولو مات أحدهما بما صدر من التعمد دون الآخر . . وجب القصاص على الحي بناء علىٰ إيجاب القصاص علىٰ شريك جارح نفسه ، وهو **المعتمد** ، قال شيخنا أيضاً : وقضية التشبيه : أن الراكبين لو كانا صبيين أقامهما الولي ، أو أجنبي في السفينتين . . أن الحكم كذلك ، ولم أر أحداً ذكره ، والذي يقتضيه الفقه : القطع هنا بأنه لاضمان على الولي والأجنبي . انتهىٰ .

ثم ما أطلقوه من أن علىٰ كل ملاح ضمان نصف المال ، قال في « الكفاية » : كذا أطلقوه ، والمراد به : استقرار الضمان وإلا . . فلمالك كل سفينة مطالبة ملاحها بكل ضمانها ، ولمالك كل مطالبة قائد سفينته بكل ضمانه ، وقرار الضمان في النصف من ذلك علىٰ كل منهما ، صرح به الفوراني وغيره ، ووجهه تقصير كل منهما ، فدخلت سفينته وما فيها في ضمانه ، وقد شاركه في الإتلاف غيره ، فضمنا نصفين ، وقول « التنبيه » في المسألة [ص ٢٢٢] : (**وقيل : القولان إذا لم يكن منهما فعل ، فأما إذا سيرّا السفن ثم اصطدما . . وجب الضمان قولاً واحداً ، وقيل : القولان في الجميع**) نبه النووي في « التحرير » علىٰ أن كلامه الأخير تكرار ؛ لأنه حكى القولين في الجميع[٣] ، فقال بعضهم : لو قال : (فقيل : القولان إذا لم يكن منهما فعل) بالفاء . . لاستقام .

٤٨٤٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩١] : (**ولو أشرفت سفينةٌ علىٰ غرق . . جاز طرح متاعها ،**

---

(١) التنبيه (ص ٢٢٢) .

(٢) الروضة (٩/٣٣٦) .

(٣) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٣٠١) .

ويجب رجاء نجاة الراكب ، فإن طرح مال غيره بلا إذنٍ . . ضمنه ، وإلا . . فلا) فيه أمور :

أحدها : قال في « أصل الروضة » : ويجب إلقاء ما لا روح فيه لتخليص ذي الروح ، ولا يجوز إلقاء الدواب إذا أمكن دفع الغرق بغير الحيوان ، وإذا مست الحاجة إلىٰ إلقاء الدواب . . ألقيت لإبقاء الآدميين ، والعبيد كالأحرار[1] .

ثانيها : استشكل ذلك شيخنا الإمام البلقيني : بأنه إن جعلت الخيرة في عين المطروح للملاح ونحوه . . فهو غير لائق ، وإن توقف علىٰ إذن صاحبه . . فقد لا يأذن ، فيحصل الضرر ، ثم قال : إنه يحتاج إلىٰ إذن المالك في حالة الجواز[2] دون الوجوب[3] ، فلو كانت لمحجور . . لم يجز إلقاؤها في محل الجواز ، ويجب في محل الوجوب .

ولو كانت مرهونة أو لمحجور عليه بفلس أو لمكاتب أو لعبد مأذون عليه ديون . . وجب إلقاؤها في محل الوجوب ، وامتنع في محل الجواز إلا باجتماع الراهن والمرتهن ، أو السيد والمكاتب أو السيد والمأذون والغرماء في الصور المذكورة ، فلو رأى الولي في محل الجواز أن إلقاء بعض أمتعة محجوره يسلم به باقيها . . فقياس قول أبي عاصم العبادي : فيما لو خاف الوصي استيلاء غاصب على المال فله أن يؤدي شيئاً لتخليصه : جوازه هنا ، والله أعلم .

ثالثها : أن قوله : (**رجاء نجاة الراكب**) إن كان تعليلاً للمسألتين . . فكيف تصلح هـٰذه العلة الواحدة للجواز تارة والوجوب أخرى ؟ ، وإن كان للوجوب فقط . . فكيف يستقيم الجواز بدون ذلك ؟ أورده شيخنا الإمام البلقيني بمعناه ، ثم قال : والذي يقال في ذلك : أنه إن حصل هول خيف منه الهلاك مع غلبة السلامة . . جاز إلقاء غير ذات الروح رجاء نجاة الراكب ، وإن غلب الهلاك مع ظن النجاة بالطرح . . وجب .

رابعها: لا بد من تقييد الراكب بكونه محترماً؛ ليخرج الحربي والمرتد والزاني المحصن وغيرهم، فلا يلقىٰ مال محترم لنجاة راكب غير محترم ، ويرد علىٰ قول « الروضة » : (ويجب إلقاء ما لا روح فيه لتخليص ذي الروح)[4] الكلب العقور والخنزير ، فلا يلقىٰ لأجلهما ما لا روح فيه .

٤٨٤٣ـ قول « التنبيه » في (باب الضمان) [ص ١٠٦] : (**وإن قال : ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه فألقاه . . لزمه ضمانه**) أهمل له شرطين :

أحدهما : أن يقوله في حال إشراف السفينة على الغرق .

---

(١) الروضة (٩/٣٣٨) .

(٢) في (ج) : (وهي ما إذا حصل هول خيف منه الهلاك مع غلبة السلامة) .

(٣) في (ج) : (وهي ما إذا غلب الهلاك إن لم يطرح) .

(٤) الروضة (٩/٣٣٨) .

والثاني : ألاَّ يختص نفع الإلقاء بالملقي فقط ، فإن اختص به . . لم يصح الضمان ، وقد ذكرهما « المنهاج » فقال [ص ٤٩١] : (**وإنما يضمن ملتمسٌ لخوف غرقٍ ، ولم يختص نفع الإلقاء بالملقي**) و« الحاوي » فقال [ص ٥٧٩] : (**ومن قال لخوف الغرق : ألق متاعك ضامناً . . لزمه ، لا إن احتاج الملقي فقط**) ولم يتعرضا لإلقائه ، كما صرح به « التنبيه » و« المحرر »[1] لوضوحه .

ولكن فائدة ذكره : أنه لابد أن يلقيه صاحبه أو مأذونه ، فلو ألقاه شخص بغير إذنه أو سقط بريح أو غيرها . . لم يلزم القائل شيء ، ثم في كلامهم أمور :

أحدها : قال شيخنا الإمام البلقيني : لا بد من الإشارة إلىٰ ما يلقيه ، فيقول : هـٰذا ، أو يكون المتاع معلوماً للقائل ، فإن لم يكن معلوماً . . فلا يضمن إلا ما يلقيه بحضرته ، ولا بد من استمراره على الضمان ، فلو رجع عنه قبل الإلقاء . . لم يلزمه شيء ، قال : ولم أر من تعرض له .

ثانيها : أنهم لم يبينوا المضمون هل هو المثل ولو صورة كالقرض ، أو القيمة مطلقاً ، أو المثل في المثلي والقيمة في المتقوم ؟ وصرح في « الروضة » بالقيمة . ذكره في صيغة الضمان ، فقال : أو علىٰ أني ضامن قيمته ، وفي الحكم : فقال : قال البغوي : تعتبر قيمة **الملقىٰ** قبل هيجان الأمواج ؛ فإنه لا قيمة للمال في تلك الحال ، ولا تجعل قيمة المال في البحر وهو علىٰ خطر الهلاك كقيمة البر[2] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إن سمىٰ ثمناً حالاً أو مؤجلاً . . لزمه ما سمىٰ ، وإلا . . فإن قلنا : إن الضامن لا يملك الملقىٰ ـ وبه صرح الإمام وهو **الأرجح** ـ . . لزمه مثله إن كان مثلياً ، وقيمته إن كان متقوماً كالشراء الفاسد ، وإن قلنا : يملكه ـ وهو ما صرح به الماوردي ـ . . لزمته قيمته من النقد باعتبار تلك الحالة لا قبل الهيجان خلافاً للبغوي ، ثم قال : وعلى الجملة **فالأرجح** : ما قال الإمام من عدم الملك ، **والأرجح** علىٰ هـٰذا : ضمان القيمة مطلقاً وتعذر ضمان المثل ؛ لأنه لا مثل لمشرف علىٰ هلاك إلا مشرف علىٰ هلاك ، وذاك بعيد ، فتعينت القيمة ، قال : ولم أر من حقق ذلك .

ثالثها : ما جزم به « المنهاج » و« الحاوي » من عدم اللزوم فيما إذا اختص نفعه بالملقي فقط ذكره القفال والقاضي حسين والبغوي وغيرهم[3] ، ولم يحك فيه الرافعي والنووي خلافاً ، وحكىٰ أبو الفرج الزاز في « تعليقه » عن بعض الأصحاب **تصحيح** هـٰذا الضمان ، وعن الشيخ أبي علي : أنه علىٰ وجهين كما لو قال : أعتق عبدك عني وعليّ قيمته .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وقضيه هـٰذا البناء **تصحيح** الصحة كالأصح هناك ، قال : **والأصح**

---

(١) التنبيه (ص ١٠٦) ، المحرر (ص ٤١٢) .
(٢) الروضة (٩/ ٣٣٩) ، وانظر « التهذيب » (٧/ ١٨٨) .
(٣) انظر « التهذيب » (٧/ ١٨٩) .

عندنا : الصحة ، وللإنسان قصد في أن يسعىٰ بدفع شيء من ماله في نجاة غيره .

٤٨٤٤ـ قول « الحاوي » [ص ٥٧٩] : (**وأنا والركبان ضامنون . . لزمه حصته ولزمهم حصتهم إن رضوا**) ينبغي حمله علىٰ ما إذا قصد الإخبار عن ضمان سبق منهم وصدقوه، فإن قصد الإنشاء ورضوا به . . فقيل : يلزمهم ، **ورجحه في** « الوسيط » ، وقال : يسامح فيه للحاجة ، بخلاف سائر العقود[1]، والظاهر كما قال الرافعي خلافه ؛ لأن العقود لا توقف ، وفي « أصل الروضة » : إنه **الصحيح**[2] .

ولو أذن له في الإلقاء فألقاه . . فهل تلزمه الحصة أم الجميع ؛ لأنه باشر الإتلاف ؟ وجهان بلا ترجيح في « الروضة »[3] ، أما لو زاد علىٰ قوله : (أنا والركبان ضامنون كل واحد منا على الكمال ، أو علىٰ أني ضامن وكل واحد منهم ضامن) . . فعليه ضمان الجميع ، وكذا يلزمه الجميع **على الأصح** إذا قال : أنا ضامن وركاب السفينة ، أو علىٰ أن أضمنه أنا والركاب ، أو قال : وأنا ضامن وهم ضامنون .

٤٨٤٥ـ قولهما : (**ولو عاد حجر منجنيق فقتل أحد رماته . . هُدِرَ قسطه ، وعلىٰ عاقلة الباقين الباقي**)[4] استثنىٰ منه شيخنا الإمام البلقيني : ما إذا حصل ذلك بأمر صنعه رفقاؤه ، وقصدوا الرفيق المذكور بسقوطه عليه ، وغلبت إصابته . . فهو عمد لا تحمله العاقلة ، بل في أموالهم ، ولا قصاص عليهم ؛ لأنهم شركاء مخطىء ، قال : ولم ينبه عليه أحد ، وكأنهم تركوه ؛ لأنه لا يتصور عندهم ، ونحن صورناه ، فلا خلاف بيننا وبينهم .

٤٨٤٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩١] : (**أو غيرهم ولم يقصدوه . . فخطأٌ ، أو قصدوه . . فعمدٌ في الأصح إن غلبت الإصابة**) أحسن من قول « الحاوي » [ص ٥٧٩] : (**وإن أصاب واحداً وقصدوه قادرين . . فعمدٌ ، وعلىٰ مبهمٍ شبهُهُ ، وإلا . . فخطأ**) لأنه يتناول واحداً من الرماة ، ولم يصور الأصحاب فيه العمد كما تقدم ، فما أراد إلا واحداً من غيرهم ، فأفصح « المنهاج » بذلك ، وأيضاً فلا يختص الحكم بإصابة واحد ؛ فقول « المنهاج » : (**غيرهم**) أعم ، وقوله : (**قادرين**) هو كقول « المنهاج » : (**إن غلبت الإصابة**) ، وقوله : (**وعلىٰ مبهم شبهه**) أي : شبه عمد ، هي الصورة الخارجة بمفهوم قول « المنهاج » : (**إن غلبت الإصابة**) وقول « الحاوي » : (**قادرين**) فإن مراده بها : ما إذا قصدوا واحداً والغالب أنه لا يصيبه وهم قادرون علىٰ إصابة غير معين ، فلم يقصدوا مبهماً ، ولكن لا يقع رميهم إلا علىٰ مبهم ، ففي تعبيره عن ذلك قلق .

---

(١) الوسيط (٦/٣٦٥) .

(٢) فتح العزيز (١٠/٤٥٥) ، الروضة (٩/٣٤١) .

(٣) الروضة (٩/٣٤١) .

(٤) انظر « الحاوي » (ص ٥٧٩) ، و« المنهاج » (ص ٤٩١) .

ونازع شيخنا الإمام البلقيني في اعتبار غلبة الإصابة ، وقال : ذكره جماعة ، وهو غير معتبر علىٰ أصل الشافعي ؛ لأن الغلبة إنما تعتبر في الآلة أن تهلك غالباً لا في إصابتها ، فمتىٰ أمكنت الإصابة وحصلت . . وجب القود كما لو رمىٰ شخصاً بسهم قد يصيبه وقد لا يصيبه ، فأصابه فقتله ، أو ألقىٰ حجراً من سطح علىٰ مار قد يصيبه وقد لا يصيبه فأصابه فقتله . . فيجب القود فيهما ، وقول « المنهاج » : (**في الأصح**) تبع فيه « المحرر » و« الشرح الصغير »[1] ، والذي في « الشرح الكبير » : إنه الذي قطع به الصيدلاني والإمام والغزالي والمتولي ، **ورجحه** البغوي والروياني ، وقطع العراقيون بمقابله ، وهو أنه شبه عمد ، قال الرافعي : ويشبه أن يقال : الخلاف راجع إلىٰ أنه هل يتصور تحقيق هـٰذا القصد في المنجنيق ؟[2] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : لم يثبت أحد من المصنفين في الطريقين هـٰذا الخلاف ، وإنما بعض العراقيين يقول : لا يتصور قصد رجل بعينه بالمنجنيق ، وإنما يتفق وقوعه ممن وقع ، وخالفهم آخرون فقالوا : إن ذلك يتصور .

٤٨٤٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٢] : (**وإن وقع رجل في بئر فجذب ثانياً والثاني ثالثاً والثالث رابعاً وماتوا ـ** أي : بوقوع بعضهم علىٰ بعض ـ . . **وجب للأول ثلث الدية على الثاني ، والثلث على الثالث ويهدر الثلث**) محله : فيما إذا كان الوقوع في البئر غير مهلك ، فإن كان مهلكاً ، فالأول هلك بصدمة البئر أيضاً . . فديته أرباع ، ربع علىٰ عاقلة الحافر إن كان الحفر عدواناً ، فإن لم يكن عدواناً . . هدر أيضاً ، والأرباع الباقية علىٰ ما ذكر في الأثلاث ، ولا أثر للصدمة في حق الباقين ، فديتهم علىٰ ما هي عليه ، أما إذا كانت البئر واسعة فلم يقع بعضهم فوق بعض . . فدية كل مجذوب علىٰ عاقلة جاذبه ، ودية الأول علىٰ عاقلة الحافر إن كان متعدياً .

٤٨٤٨ـ قول « الحاوي » [ص ٥٧٩] : (**وإن تزلق وجذب ثانياً ، وهو ثالثاً . . هدر ثلث الأول ، وثلثاه على الحافر والثاني**) لا يخفىٰ أن محله : إذا كان الحافر متعدياً ، وإلا . . هدر ثلث آخر ، والله أعلم .

٤٨٤٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٢] : (**وإن تجارح رجلان فماتا . . وجب علىٰ كل واحد منهما دية الآخر**) محله فيما إذا كان ذلك خطأً أو شبه عمد ، فإن كان عمداً . . فدم كل منهما هدر ، قاله القاضي حسين فيما حكاه عنه في « الكفاية » .

* * *

---

(١) المحرر (ص ٤١٢) .

(٢) فتح العزيز (١٠/٤٥٨) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٦/٤٧٩) ، و« الوجيز » (٢/١٥٢) .

بابُ العاقلة

٤٨٥٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٨] : (**والعاقلة العصبات ما عدا الأب والجد والابن وابن الابن**) لو عبر كـ« المنهاج » بقوله [ص ٤٩١] : (**إلا الأصل والفرع**) . . لكان أعم وأحسن منهما .

٤٨٥١ـ قول « الحاوي » [ص ٥٥٤] : (**وبعضية الجاني والمعتق مانعة**) لدلالتها علىٰ أنه لو كان لها ابن هو ابن ابن عم . . لم يعقل أيضاً ، وهو **الأصح** ، ويرد عليهم جميعاً : أن في « أصل الروضة » عن المتولي من غير مخالفة : أن ذوي الأرحام يتحملون عند عدم العصبات إذا قلنا بتوريثهم ، وهو الذي **صححه** النووي إذا لم ينتظم أمر بيت المال كما تقدم[1] .

٤٨٥٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٨] : (**ولا يعقل بنو أب وهناك من هو أقرب منهم**) محله : ما إذا كان المضروب عليهم يفي بالواجب وهو الثلث ، فإن بقي منه شيء . . ضرب علىٰ من بعد الأقرب ، وقد صرح به « المنهاج » فقال [ص ٤٩٢] : (**ويقدم القرب ، فإن بقي شيءٌ . . فمن يليه**) وإليه أشار « الحاوي » بقوله [ص ٥٥٤] : (**بترتيبهم إن وفوا**) .

٤٨٥٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٨] : (**وإن اجتمع جماعة في درجة واحدة وبعضهم غيب . . ففيه قولان ، أصحهما : أنهما سواء**) لا يختص ذلك بما إذا كانوا في درجة ، بل لو كان الغائب أقرب درجة من الحاضر . . **فأصح الطريقين** : طرد القولين ، والمراد بالغيبة : ما يمنع التحصيل في سنة ، حكاه الرافعي عن الغزالي ، قال : وكلام الشافعي والأصحاب لا يساعد عليه ؛ فإنهم فرضوا فيما إذا كان القاتل بمكة والعاقلة بالشام ، وحكوا فيه الخلاف[2] ، وأسقط ذلك من « الروضة » .

٤٨٥٤ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٢] : (**ثم معتق**) وهو داخل في عموم العصبات في عبارة « التنبيه » ، شرطه : أن يكون ذكراً ؛ فالمعتقة لا تعقل ، وإنما يعقل عاقلتها ، وقد ذكره « المنهاج » بعده بقوله [ص ٤٩٢] : (**وعتيقها يعقله عاقلتها**) ، ودل عليه تعبير « الحاوي » بأولياء النكاح[3] ، فيتحمل المعتق عند فقد عصبة النسب ، أو إذا لم يكن فيهم كفاية ، كما صرح به « المحرر »[4] ، ودل عليه قول « الحاوي » [ص ٥٥٤] : (**بترتيبهم إن وفوا**) .

٤٨٥٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٢] : (**ثم عصبته**) أي : عند فقده ، أو مع وجوده إذا بقي من الواجب شيء كسائر العصبات ، وقد دخل في قول « الحاوي » [ص ٥٥٤] : (**بترتيبهم إن وفوا**) ،

---

(١) الروضة (٩/ ٣٥٠) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٤٩٣) .

(٣) الحاوي (ص ٥٥٣ ، ٥٥٤) .

(٤) المحرر (ص ٤١٢) .

ونص عليه في « المختصر » فقال : (فإن عجزت ـ أي : عصبات النسب ـ عن بعض . . حملت الموالي المعتقون الباقي ، فإن عجزوا عن بعض ولهم عواقل . . عقلت عواقلهم)[1] .

وفي « أصل الروضة » عن الإمام والغزالي المنع ؛ إذ لا حق لهم في الولاء ولا بالولاء في حياته ، وتردد الإمام فيما لو لم يبق المعتق وضربنا علىٰ عصبته . . فهل يخص بالأقربين ؛ لأنهم أهل الولاء والإرث ، أم يتعدىٰ إلى الأباعد كعصبة الجاني ؟ ورجح الاحتمال الثاني ، وجزم به الغزالي ، وصرح صاحب « الشامل » و« التتمة » وغيرهما بالضرب عليهم . انتهىٰ[2] . وقد عرفت **المنصوص المعتمد** ، وما قاله الإمام مردود .

ويستثنىٰ من عصبة المعتق : أصله وفرعه **في الأصح** ، وقد صرح به « الحاوي » فقال [ص ٥٥٤] : (**وبعضية الجاني والمعتق مانعة**) لكن قال شيخنا الإمام البلقيني في « حواشيه » : **الأصح** عندي : أنهما يتحملان ؛ لأن المعتق يتحمل ، وهما كنفس المعتق لا كنفس الجاني ، ولا نسب بينهما وبين الجاني بأصلية ولا فرعية ، إلا أنه في « تصحيح المنهاج » قال : إن الأول هو مقتضى النص ؛ حيث قال : (وقضىٰ عمر بن الخطاب علىٰ علي بن أبي طالب رضي الله عنهما بأن يعقل عن موالي صفية بنت عبد المطلب ، وقضىٰ للزبير بميراثها ؛ لأنه ابنها)[3] ، ولم يتعرض لتصحيح ما صححه في « الحواشي » ، قال شيخنا المذكور : وإذا لم يوجد معتق من جهة الآباء . . انتقلنا إلىٰ معتق الأم ، ثم إلىٰ عصبته غير أصوله وفروعه ، ثم إلىٰ موالي الجدات من جهة الأم ومن جهة الأب ، وموالي الذكور المدلين بالإناث ؛ كالجد أبي الأم ، ومن جرىٰ مجراه . انتهىٰ .

٤٨٥٦ـ قولهما : (**ولا يحمل عتيق في الأظهر**)[4] وهو مقتضىٰ تخصيص « الحاوي » ذلك بأولياء النكاح ، وذكر شيخنا الإمام البلقيني أنه خلاف نص « الأم » و« مختصر المزني والبويطي » ، ولا يعرف في شيء من كتب الشافعي ، ثم حكىٰ عن الشيخ أبي حامد : أن الذي نص عليه هنا أنهم يتحملون ، وحكىٰ أبو إسحق أن الشافعي قال في موضع آخر : إنهم لا يعقلون ، قال : ولست أدري أين قال الشافعي هـٰذا ! إلا أنه لا يختلف أصحابنا أن المسألة علىٰ قولين ، قال شيخنا : ومع قوله : أنه لا يدري أين قاله الشافعي **صححه** ، قال شيخنا : **والمذهب** : ما نص عليه في كتبه ، قال : ويعقل ولده ولا يعقل أبوه .

٤٨٥٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٨] : (**فإن لم يكن من يعقل . . وجب في بيت المال**) أي : إن كان

---

(١) مختصر المزني (ص ٢٤٩) .
(٢) الروضة (٩/ ٣٥١) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٥٤٢) ، و« الوجيز » (٢/ ١٥٣) .
(٣) الأم (٦/ ١١٥) ، مختصر المزني (ص ٢٤٨) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٨) ، و« المنهاج » (ص ٤٩٢) .

الجاني مسلماً ، كما صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[1] ، والذمي والمستأمن تجب الدية في مالهما **على المذهب** ، قال شيخنا الإمام البلقيني : وينبغي أن يعبر كعبارة الشافعي رضي الله عنه في « الأم » و« المختصر » : أن العقل علىٰ جماعة المسلمين[2] ، قال شيخنا : ولا أثبت هـٰذا المال في بيت المال مطلقاً ، بل لما هو لهم بطريق الإرث ، وكذا سهم المصالح من الفيء والغنيمة على الظاهر .

٤٨٥٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٨] : (**فإن لم يكن . . فقد قيل : يجب على الجاني ، وقيل : لا يجب عليه**) **الأصح** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[3] ، وهنا أمور :

أحدها : أن معنىٰ قول « التنبيه » : (**فإن لم يكن**) و« المنهاج » : (**فإن فقد**) أي : مال بيت المال كما صرح به « المحرر » ، فقال : (فإن لم **يكن** فيه مال . . أخذ الواجب من الجاني)[4] ومقتضاه : أنه لو كان فيه مال امتنع المتكلم فيه من بذله للمجني عليه ظلماً . . لم يؤخذ من الجاني ، قال شيخنا الإمام البلقيني : وليس كذلك ، بل يؤخذ من الجاني وينزل منع الظلمة منزلة الفقد ، ولم أر من تعرض له .

ثانيها : ظاهر عبارة « التنبيه » يقتضي أن الخلاف وجهان ، وتعبير « المنهاج » **بالأظهر** يقتضي أنه قولان ، وعبارة « الروضة » : فيه وجهان بناء علىٰ أن الدية تجب على العاقلة أولاً أم على الجاني ثم تحملها العاقلة ؟ وفيه وجهان ، ويقال : قولان ، **وأصحهما** : تؤخذ من الجاني . انتهىٰ[5] .

وللأصحاب اضطراب في أن هـٰذا الخلاف وجهان أو قولان ، وسببه أن الخلاف المبني عليه مستنبط من كلام الشافعي .

ثالثها : قال شيخنا الإمام البلقيني : لم أقف على الإيجاب على الجاني المسلم في كلام الشافعي ، وإنما قال : إنه علىٰ جماعة المسلمين ، والذي نقوله علىٰ مقتضىٰ مذهبه : أنا إذا لم نجد في بيت المال مال وراثة ، وصرف سهم المصالح فيما هو أهم من هـٰذا . . ثبت التحمل علىٰ جماعة المسلمين الموسرين والمتوسطين ، وحيث يعذر الاستيعاب . . اجتهد الإمام ، وضرب الواجب علىٰ من يراه علىٰ مقتضى التأجيل ، هـٰذا هو الظاهر من نصوص الشافعي ، والمعنىٰ يساعده ؛ لأن بين المسلم وجماعة المسلمين موالاة . انتهىٰ .

رابعها : كما يحمل الجاني عند الفقد يحمل مع الوجود ، ومع وجود العصبة الخاصة حيث لم

---

(١) الحاوي (ص ٥٥٥) ، المنهاج (ص ٤٩٢) .
(٢) الأم (٦/١١٦) ، مختصر المزني (ص ٢٤٩) .
(٣) الحاوي (ص ٥٥٥) ، المنهاج (ص ٤٩٢) .
(٤) المحرر (ص ٤١٣) .
(٥) الروضة (٩/٣٥٧) .

يَفِ المضروب عليهم بثلث الدية كما قد عرف في نظائره ، وحيث أخذ من الجاني . . فهي مؤجلة عليه كالعاقلة وبيت المال ، **والأصح** : أنه لا يؤخذ من أبيه وابنه شيء .

٤٨٥٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٢] : (**ومؤجل على العاقلة دية نفس كاملة ثلاث سنين**) فيه أمران :

أحدهما : أن مقتضىٰ عبارته : أنه لا بد من تأجيل بضرب الحاكم ، وليس كذلك بلا خلاف .

ثانيهما : أن التقييد بالعاقلة يخرج الجاني ، وليس كذلك ، بل هي مؤجلة عليه أيضاً إذا أخذت منه ، وقد سلم من الأمرين « التنبيه » بقوله [ص ٢٢٨] : (**فإن كان دية نفس كاملة . . فهو مؤجل في ثلاث سنين**) و« الحاوي » بقوله [ص ٥٥٣ ، ٥٥٥] : (**يؤخذ آخر كل سنة قدر ثلثها من أولياء النكاح**) إلىٰ أن قال : (**ثم الجاني**) .

٤٨٦٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٨] : (**وإن كانت دية نفس ناقصة كدية الجنين والذمي والمرأة . . فقد قيل : هي كدية النفس الكاملة في ثلاث سنين ، وقيل : هي كأرش الطرف إذا نقص عن الدية**) **الأصح** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[1] .

٤٨٦١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٨] : (**وإن جنىٰ علىٰ عبد . . ففيه قولان ، أصحهما : أن القيمة في ماله**) **الأظهر** : أنها على العاقلة ، وعليه مشى « المنهاج »[2] ، وهو مقتضىٰ إطلاق « الحاوي »[3] .

٤٨٦٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٢] : (**والأطراف في كل سنة قدر ثلث الدية**) أهمل من « المحرر » أن أروش الجراحات كذلك ، وكذا الحكومات ، وأنه إن كان الواجب أقل من الثلث . . ضرب في سنة ، وإن كان أكثر من الثلث ولم يزد على الثلثين . . ضرب الثلث في آخر السنة الأولىٰ والباقي في آخر الثانية[4] ، وقد صرح بذلك « التنبيه » أيضاً[5] .

٤٨٦٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٢] : (**وأجل النفس من الزهوق ، وغيرها من الجناية**) محله : في غير النفس : فيما إذا لم يسر ، فإن سرت من عضو إلىٰ عضو ؛ بأن قطع إصبعه فسرت إلىٰ كفه . . فهل ابتداء المدة من سقوط الكف أم من الاندمال ، أم أرش الإصبع من يوم القطع وأرش الكف من يوم سقوطها ؟ فيه ثلاثة أوجه ، وبالأول قطع البغوي[6] ، وبالثاني الشيخ أبو حامد وأصحابه ، وعليه مشى « التنبيه » فقال [ص ٢٢٨] : (**وابتداؤها من وقت الاندمال**) لكنه أطلقه ،

---

(١) الحاوي (ص ٥٥٥) ، المنهاج (ص ٤٩٢) .
(٢) المنهاج (ص ٤٩٢) .
(٣) الحاوي (ص ٥٥٥) .
(٤) المحرر (ص ٤١٤) .
(٥) التنبيه (ص ٢٢٨) .
(٦) انظر « التهذيب » (١٩٦/٧) .

وهو محمول علىٰ ما إذا سرىٰ ، فإن لم يسر . . فمن الجناية كما تقدم ، ووافقه النووي في « التصحيح » علىٰ أنها فيما إذا سرىٰ من وقت الاندمال[1] ، والوجه الثالث اختاره القفال والإمام والغزالي والروياني[2] ، ومشىٰ عليه « الحاوي » فقال [ص ٥٥٣] : (**وللجرح منه ولسراية منها**) **ورجحه** شيخنا الإمام البلقيني ، وليس في « أصل الروضة » تصريح بترجيح من عند نفسه[3] ، ومتىٰ أخذت عبارة « المنهاج » في السراية علىٰ إطلاقها . . لم توافق واحداً من هٰذه الأوجه ؛ فلذلك حملناها علىٰ غير حالة السراية .

٤٨٦٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٩] : (**ومن مات من العاقلة قبل محل النجم . . سقط ما عليه**) أي : من قسط ذلك النجم ، أما ما قبله . . فلا يسقط بعد استقراره ، وقول « المنهاج » [ص ٤٩٢] : (**ومن مات ببعض سنة . . سقط**) أبعد من هٰذا الإيهام .

٤٨٦٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٨] : (**ولا يعقل فقير ولا صبي ولا معتوه ولا كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر**) أهمل اعتبار الحرية ، ولا بد منه ، وقد ذكره « المنهاج » فقال [ص ٤٩٢] : (**ورقيق**) وفهم منه أن المكاتب لا **يعقل** ، ولم يتعرضوا للتصريح بالمبعض ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : الظاهر أنه لا يتحمل ؛ لأنه ناقص بالنسبة إلى النصرة ، قال : فإن أعتقه مالك الباقي فلم يسر عليه . . احتمل أن يحمل عنه معتقه بالنسبة إلىٰ نصفه الحر ، واحتمل ألاَّ يتحمل عنه ، قال : والأول **أرجح** .

٤٨٦٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٢] : (**ويعقل يهودي عن نصراني وعكسه في الأظهر**) كذا **صححه** في « المحرر » و« الشرح الصغير » و« الروضة »[4] ، وليس في « الشرح الكبير » ترجيح[5] ، والمراد : الذمي والمستأمن إن زادت مدة العهد علىٰ أجل الدية ولم ينقطع قبل مضي الأجل .

فالحربي لا يعقل ولا يعقل عنه ، قال المتولي : فلو كان لذمي أقارب حربيون وقدر الإمام على الضرب عليهم . . بُني علىٰ أن اختلاف الدار يمنع التوارث ؛ إن قلنا : نعم . . فلا ضرب ، وإلا . . فوجهان ، حكاه عنه في « أصل الروضة »[6] .

وتعجب منه شيخنا الإمام البلقيني ؛ فإن التغريم تضمين ، والحربي لا يضمن ما يتلفه بنفسه ؛

---

(١) تصحيح التنبيه (٢/ ١٨٤) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٥١٠ ، ٥١١) ، و« الوجيز » (٢/ ١٥٥) .
(٣) الروضة (٩/ ٣٦١ ، ٣٦٢) .
(٤) المحرر (ص ٤١٤) ، الروضة (٩/ ٣٥٥) .
(٥) فتح العزيز (١٠/ ٤٧٦) .
(٦) الروضة (٩/ ٣٥٥) .

فلأن لا يضمن ما يتلفه قريبه أولىٰ ، ولا يخفىٰ أنه لا عقل على المرأة ، والخنثىٰ مثلها ، فإن بان ذكراً . . فهل يغرم حصته التي أداها غيره ؟ وجهان ، قال في « أصل الروضة » : لعل **أصحهما** : نعم[1] ، قال شيخنا الإمام البلقيني : بل **الأصح** : أنه لا يغرم ؛ لأن التحمل مبني على الموالاة والمناصرة الظاهرة ، وقد كان هـٰذا في ستر الثوب كالأنثىٰ ، فلا نصرة به .

٤٨٦٧ـ قولهم : (**على الغني نصف دينار ، والمتوسط ربعٌ كل سنةٍ من الثلاث**)[2] قال الرافعي : يشبه أن يكون المرعي في وجوب النصف أو الربع قدرهما ، لا أنه يلزم العاقلة عين الذهب ؛ لأن الإبل هي الواجب، وما يؤخذ يصرف إليها ، ويوضحه قول المتولي : نصف دينار أو ستة دراهم[3].

قال البغوي : ويضبط الغنىٰ والتوسط بالعادة ، ويختلف بالبلاد والزمان[4] ، ورأى الإمام أن الأقرب اعتباره بالزكاة ، فمن ملك عشرين ديناراً أو ما يساويها آخر الحول ؛ أي فاضلاً عن مسكنه وثيابه وسائر ما لا يباع في الكفارة . . فغني ، أو دونها فاضلاً عن حاجاته . . فمتوسط[5] ، ويشترط أن يملك شيئاً فوق المأخوذ منه ، وهو الربع ؛ لئلا يصير فقيراً ، وعلىٰ هـٰذا الثاني مشى « الحاوي » فقال [ص ٥٥٣] : (**من مالك فاضل عن حاجته عنده** ـ أي : عند آخر الحول ـ **ربع دينار وعشرين نصف**) وقوله : (**عشرين**) معطوف علىٰ قوله : (**فاضل عن حاجته**) أي : يعتبر في إيجاب النصف مع ذلك ملكه عشرين ديناراً ، وفي عبارته اختصار بإجحاف .

٤٨٦٨ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**ويعتبران** ـ أي : الغنىٰ والتوسط ـ **آخر الحول**)[6] خرج به غيرهما من الأوصاف ، وهي الكفر والرق والصبا والجنون ، فلو كان يأخذ هـٰذه الصفات أول الحول وصار في آخره بصفة الكمال . . فهل تؤخذ منه حصته من واجب تلك السنة وما بعدها ؟ فيه أوجه ، **أصحها** : لا ، والثاني : نعم ، والثالث : لا يؤخذ منه حصته تلك السنة ويؤخذ منه حصة ما بعدها .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : هـٰذا الثالث عندي أرجح ، فلو طرأ عليه الجنون في أثناء حول . . سقط واجب ذلك الحول ، ولم يسقط واجب الذي قبله ، حكاه الرافعي عن « التتمة »[7] ، وأسقطه في « الروضة » .

---

(١) الروضة (٩/ ٣٥٥) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٩) ، و« الحاوي » (ص ٥٥٣) ، و« المنهاج » (ص ٤٩٢) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٤٧٩) .
(٤) انظر « التهذيب » (٧/ ١٩٧) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٥١٦) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٩) ، و« الحاوي » (ص ٥٥٣) ، و« المنهاج » (ص ٤٩٢) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٤٧٩) .

قال شيخنا الإمام البلقيني : ولو أن الحر الذمي نقض العهد ، فاسترق .. سقط عنه حصة الحول الذي طرأت فيه الحرابة ، ولا يسقط ما مضىٰ . انتهىٰ .

وترد هاتان المسألتان علىٰ قول « الحاوي » [ص ٥٥٣ ، ٥٥٤] : (**من أولياء النكاح ، من الفعل إلى الفوت**) فإن هٰذين كانا بصفة ولاية النكاح من فعل الجناية إلىٰ فوت النفس بالموت ، ومع ذلك لا يتحملان قسط تلك السنة ، والله أعلم .

٤٨٦٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٩] : (**وإن زاد عددهم علىٰ قدر الثلث .. ففيه قولان : أحدهما : يقسط عليهم وينقص كل واحد منهم من النصف والربع ، والثاني : يقسط الإمام علىٰ من رأىٰ منهم**) **الأظهر** : الأول ، وعليه مشى « الحاوي » بقوله [ص ٥٥٣] : (**أو حصة القليل**) .

فصل

[جناية العبد وتعلقها برقبته]

٤٨٧٠ـ قولهم ـ والعبارة لـ « المنهاج » ـ : (**مال جناية العبد يتعلق برقبته**)[١] يستثنىٰ منه : ما إذا كان العبد غير مميز ، أو أعجمياً يعتقد وجوب طاعة السيد ، فأمره بها ، فالجاني هو السيد ، ولا يتعلق الضمان برقبته **في الأصح** ، كما ذكره في « أصل الروضة » في (الرهن) ، وفي (الجنايات) ، وفي مسائل الإكراه[٢] .

لكن نازع فيه شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : نص في « الأم » علىٰ خلافه ، فقال في أمر السيد العبد المرهون بالجناية : (وإن كان العبد صبياً أو أعجمياً فبيع في الجناية .. كُلِّف السيد أن يأتي بمثل قيمته ثمناً ، ويكون رهناً مكانه ، إلا أن يشاء أن يجعلها قصاصاً من الحق)[٣] .

قال في « أصل الروضة » في الإكراه : ولو أن مثل هٰذا الصبي أو المجنون قتل أو أتلف مالاً من غير أمر أحد .. ففي تعلق الضمان بهما الخلاف السابق في التعلق برقبة العبد ؛ لأنه يشبه إتلاف البهيمة العادية ، ذكره الشيخ أبو محمد[٤] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وهو عندنا متعقب ؛ **فالأصح ومقتضى النص** : أنه يتعلق برقبته ، قال : وعلىٰ مقتضىٰ تصحيح المصنف يكون خطأ تحمله العاقلة كإتلاف البهيمة ، وبه صرح الإمام في (الإقرار) . انتهىٰ[٥] .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٨) ، و« الحاوي » (ص ٥٥٢) ، و« المنهاج » (ص ٤٩٣) .
(٢) الروضة (٤/١٠٤) ، (٩/١٤٠ ، ١٤١) .
(٣) الأم (٣/١٨٠) .
(٤) الروضة (٩/١٤١) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (٧/٥٨) .

فلو برىء عن بعضه . . انفك بقسطه ، بخلاف المرهون ، ذكره الرافعي في (الوصايا)[1] .

٤٨٧١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٨] : (**ومولاه بالخيار بين أن يسلمه فيباع في الجناية ، وبين أن يفديه ؛ فإن أراد الفداء . . فداه في أحد القولين بأقل الأمرين من قيمته وأرش الجناية ، وبأرش الجناية بالغاً ما بلغ في الآخر**) **الأظهر** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[2] ، واستثنىٰ منه شيخنا الإمام البلقيني مسائل :

أحدها : إذا كان العبد غير مميز أو أعجمياً يعتقد وجوب الطاعة وأمره سيده بذلك . . قال : فلا يفديه بالأقل ، بل أرش الجناية بالغاً ما بلغ .

الثانية : إذا اطلع السيد على اللقطة في يد العبد ، وقررها ، وفرعنا **على الأظهر** : أنه لا يصح التقاطه ، فتلفت عنده ، أو أتلفها . . تعلق الضمان برقبة العبد وسائر أموال السيد ، وكذا لو لم يقرها عنده ، ولكنه أهمله وأعرض عنه فتلفت ، أو أتلفها **على الأصح المعتمد** ، وهو منقول الربيع .

الثالثة : إذا أمر أجنبي العبد الذي لا يميز أو الأعجمي الذي يرىٰ طاعة الآمر . . تعلق برقبته وبالأجنبي علىٰ مقتضى النص ، خلافاً لما صححه في « الروضة »[3] ، فيباع في الجناية بالغاً ما بلغ الأرش ، فإن بقي منه شيء . . فعلى الأجنبي الآمر .

تَنْبِيهٌ

[لو كان العبد المأمور بجناية مرهوناً مقبوضاً بالإذن]

محل ذلك أيضاً : ما إذا لم يكن مرهوناً مقبوضاً بالإذن ، فإن كان كذلك واعترف الراهن بجنايته وأنكرها المرتهن . . فالقول قول المرتهن بيمينه ، فيباع في الدين ، ولا شيء **على** الراهن للمقر له .

٤٨٧٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٣] : (**ولو أعتقه أو باعه وصححناهما أو قتله . . فداه بالأقل ، وقيل : القولان**) كذا في « أصل الروضة » ترجيح طريقة القطع[4] ، لكن جزم في البيوع بطريقة القولين ، ذكره في بيع العبد الجاني[5] ، ولم يفصح « التنبيه » و« المنهاج » عن وقت اعتبار القيمة ، وقد يتبادر إلى الفهم من عبارتهما اعتبار وقت الجناية ، وهو الذي حكاه البغوي عن النص ، وقال القفال : ينبغي اعتبارها يوم الفداء ؛ لأن ما نقص قبله لا يؤاخذ به السيد ، وحمل

(١) فتح العزيز (٧/ ٢٣٣) .
(٢) الحاوي (ص ٥٥٢) ، المنهاج (ص ٤٩٣) .
(٣) الروضة (٩/ ١٤٠) .
(٤) الروضة (٩/ ٣٦٣) .
(٥) الروضة (٣/ ٣٥٨) .

النص علىٰ ما إذا صدر من السيد منع من بيعه حال الجناية ثم نقصت قيمته[1] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٥٧٦] : (**بأقل القيمة يوم الفداء**) .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وهو متجه ، وقضية ذلك : أنه لو حصل من السيد منع وزادت قيمته . . أن النظر إلىٰ وقت الفداء ؛ لتعلق حق المجني عليه بالزيادة .

٤٨٧٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٨] : (**وإن جنىٰ مكاتب ؛ فإن كان علىٰ أجنبي . . فدىٰ نفسه بأقل الأمرين ، وإن كان علىٰ مولاه . . فدىٰ بأقل الأمرين في أحد القولين ، وبأرش الجناية في الآخر**) **الأصح** : طرد القولين في الأجنبي أيضاً ، **وأصحهما** : فيهما الفداء بأقل الأمرين ، إلا إذا أعتقه السيد بعد الجناية وفي يده وفاء . . **فالمذهب** : القطع بالثاني .

٤٨٧٤ـ قوله : (**فإن لم يفد . . بيع في الجناية ، وانفسخت الكتابة**)[2] فيه أمران :

أحدهما : أن محل بيعه فيها : إذا كانت قيمته قدر أرشها أو أنقص ، فإن كانت أزيد . . بيع منه بقدر الجناية ، واستمر الباقي مكاتباً .

ثانيهما : ظاهر كلامه أنه لا حاجة إلىٰ تعجيزه ، والذي في كتب الرافعي والنووي : أن القاضي يعجّزه بطلب مستحق الأرش[3] .

٤٨٧٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٣] : (**ولا يتعلق بذمته مع رقبته في الأظهر**) قال في « أصل الروضة » : إنهما مستنبطان من قواعد الشافعي رحمه الله ، ويقال : وجهان[4] ، وصرح الإمام بأنهما ليسا منصوصين[5] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إن كلام الشافعي في « الأم » يشهد لخلو ذمة العبد عن التعلق بالأرش ، ولم أقف علىٰ مقابله في كلام الشافعي ، وعبر الماوردي عن الخلاف بعبارة أخرىٰ ، فقال : في الأرش وجهان :

أحدهما : أنه يجب ابتداء في رقبته .

والثاني : وجب ابتداء في ذمته ثم انتقل إلىٰ رقبته[6] ، قال شيخنا المذكور : ويستثنىٰ منه : ما لو أقر السيد بأنه جنىٰ علىٰ عبد قيمته ألف جناية خطأ ، وقال العبد : قيمته ألفان . . فنص في

---

(١) انظر « التهذيب » (٧/ ١٧٤) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٨) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٥٢١) ، و« الروضة » (١٢/ ٢٦٢) .

(٤) الروضة (٩/ ٣٦٢) .

(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٤٥٥) .

(٦) انظر « الحاوي الكبير » (٧/ ٤٢) .

« الأم » علىٰ أنه يلزم العبد بعد العتق القدر الزائد علىٰ ما أقر به سيده[1] ، قال شيخنا : فقد اجتمع في هـٰذه الصورة التعلق بالرقبة والتعلق بالذمة **على المذهب** ، لكن لم يتحد محل التعلق .

٤٨٧٦ـ قوله : (**ولو جنىٰ ثانياً قبل الفداء . . باعه فيهما أو فداه بالأقل من قيمته والأرشين**)[2] محله : ما إذا لم يمنع من بيعه مختاراً للفداء ، فإن منع . . لزمه أن يفدي كلاً منهما كما لو كان منفرداً ، صرح به الرافعي في الكلام علىٰ جناية المستولدة[3] ، وأسقطه في « الروضة » ، ولكن ذكر قبل ذلك : أنه لو امتنع السيد من تسليمه للبيع . . كان مختاراً للفداء[4] ، وهـٰذا لا يلزم منه ما صرح به الرافعي في الكلام على المستولدة .

٤٨٧٧ـ قوله : (**ولو اختار الفداء . . فالأصح : أن له الرجوع وتسليمه**)[5] هو معنىٰ قول « الحاوي » عطفاً على المنفي [ص ٥٧٧] : (**والاختيار**) أي : ولا باختياره الفداء ؛ فإنه لا يلزمه ، وفيه أمور :

أحدها : أن محل الخلاف : ما إذا كان العبد حياً ، فإن مات . . فلا رجوع بحال ، وقد يقال : لا يرد ذلك على « المنهاج » لقوله : (**وتسليمه**) ومع الموت لا يمكن التسليم .

ثانيها : قال شيخنا الإمام البلقيني : ومحله أيضاً : ما إذا لم تنقص قيمته بعد اختيار الفداء ، فإن نقصت . . لم يمكن من الرجوع والاقتصار علىٰ تسليم العبد قطعاً ، لأنه فوت باختياره ذلك القدر من قيمته ، فإن قال : أنا أسلمه وأغرم النقص . . قبل .

ثالثها : قال شيخنا أيضاً : لو كان يتأخر بيعه تأخراً يضر بالمجني عليه وللسيد أموال غيره . . فليس له الرجوع قطعاً ؛ للضرر الحاصل للمجني عليه بالتأخير .

رابعها : عبر في « الروضة » بالصحيح[6] ، فدل علىٰ ضعف مقابله ، وهو أولىٰ .

٤٨٧٨ـ قولهما : (**وإن جنت أم الولد . . فداها المولىٰ بأقل الأمرين**)[7] زاد « المنهاج » : (**وقيل : القولان**) استثنىٰ شيخنا الإمام البلقيني من ذلك : أم ولده التي تباع ؛ لأنه استولدها وهي مرهونة رهناً لازماً وهو معسرٌ إذا جنت جناية توجب مالاً متعلقاً بالرقبة . . فإنه يقدم حق المجني عليه على المرتهن ، فإذا قال الراهن : أنا أفديها علىٰ صورة لا يكون فيها موسراً يساراً ينفذ به الاستيلاد

---

(١) الأم (٦/٢٧) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٤٩٣) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (١٠/٥٠١) .

(٤) الروضة (٩/٣٦٣) .

(٥) انظر « المنهاج » (ص ٤٩٣) .

(٦) الروضة (٩/٣٦٤) .

(٧) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٨) ، و« المنهاج » (ص ٤٩٣) .

في حق المرتهن . . فيأتي القولان قطعاً ، وإن لم يذكروه ؛ لأنه بفدائها مانع للمجني عليه من بيعها ، فتصير كالقن ، فإذا فداها . . استمرت مرهونة ، فإن وفى الدين من غيرها . . نفذ الاستيلاد ، وإن بيعت في الدين . . استمر الرق في حق مشتريها ، فإن ملكها الراهن . . نفذ الاستيلاد **في الأظهر** .

٤٨٧٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٣] : (**وجناياتها كواحدة في الأظهر**) هو معنىٰ قول « الحاوي » [ص ٥٧٧] : (**وإن غرم القيمة فجنت . . استرد وَوُزِّع**) وليس المراد : استرداد الكل ، بل بحسب ما يقتضيه الحال ، واستثنىٰ شيخنا الإمام البلقيني من ذلك : أم الولد المرهونة المتقدم ذكرها لو جنت مرة بعد أخرىٰ . . لا نقول : جناياتها كواحدة ؛ لأنه يمكن بيعها ، بل هي كالقن يجني جناية ثم أخرىٰ قبل الفداء ، فيقطع فيها بأن السيد إما أن يسلمها لتباع في الجنايتين ، وإما أن يفديها بأقل الأمرين من قيمتها وأرش الجنايتين ، **ورجح** شيخنا المذكور : القول الثاني ، وهو : أنه يلزمه لكل جناية فداء ، وحكىٰ عن الشافعي رضي الله عنه أنه قال : والقول الثاني أحب إلينا ، واختاره المزني والربيع ، **وصححه** البغوي والخوارزمي[1] ، قال شيخنا : وهو **المذهب الجاري على القواعد** .

* * *

---

(١) انظر « مختصر المزني » (ص ٢٤٧) ، و« التهذيب » (١٧٦/٧) .

باب دية الجنين

٤٨٨٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٣] : **(ودية الجنين غرة)** إن : انفصل ميتاً كما صرح به « المنهاج »[١] و« الحاوي » بقوله [ص ٥٥٧] : **(لا حياته)** ، ويدل عليه ذكر « التنبيه » بعد ذلك حكم ما لو ألقته حياً ، والمراد : الجنين المحكوم بحريته وإسلامه كما صرح به « الحاوي » ، وقد ذكر « المنهاج » بعد ذلك حكم الرقيق وغير المسلم ، وذكر « التنبيه » حكم الرقيق ، ويرد عليهما أيضاً : أنه يعتبر أن تكون الأم معصومة حال الجناية ، فلو جنىٰ علىٰ حربية فأسلمت ثم أجهضت .. لم تجب الغرة **على الأصح** في « الروضة » وأصلها[٢] ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٥٥٧] : **(لا حربية فأسلمت وأجهضت)** .

قال في « الروضة » من زيادته : قال البغوي : ويجري الوجهان فيما لو جنى السيد علىٰ أمته الحامل من غيره فعتقت ثم ألقت الجنين[٣] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : ومراد البغوي : إذا كان الحمل ملكاً للجاني ، فقد لا يكون ملكه ؛ بأن يكون من زوج غر بحريتها ، أو واطىء بشبهة ظنها حرة ، قال شيخنا : لكن نص « الأم » فيما إذا ضرب أحد الشريكين جارية حاملاً من زوج أو زنا ثم أعتقها فأجهضت .. أنه يضمن الغرة الكاملة[٤] ، يقتضىٰ إيجاب الغرة في هاتين الصورتين على الجاني ، وهو الذي حكاه الرافعي والنووي في تلك المسألة عن ميل أكثر الناقلين ، لكنهما **صححا** خلافه[٥] ، والنص **هو المعتمد** اعتباراً بحال الإجهاض ؛ فإنه لا تتحقق الجناية على الجنين إلا به .

٤٨٨١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٣] : **(إن انفصل ميتاً بجناية في حياتها أو موتها)** إن تعلق قوله : **(في حياتها أو موتها)** بقوله : **(انفصل)** .. فلا إشكال ، وإن تعلق بقوله : **(بجناية)** .. تناول ما إذا ضرب بطن ميتة فألقته ميتاً ، وبه قال القاضي أبو الطيب ؛ لأنه قد يبقىٰ في جوف الميتة حياً ، والأصل بقاء الحياة ، وهو ظاهر إطلاق « التنبيه » و« الحاوي » أن في الجنين غرة[٦] ، وقال البغوي : لا شيء في هٰذه الحالة[٧] ، وحكىٰ في « الروضة » المقالتين بلا ترجيح[٨] ، **ورجح**

---

(١) المنهاج (ص ٤٩٣) .
(٢) فتح العزيز (١٠/ ٥١٣) ، الروضة (٩/ ٣٧١) .
(٣) الروضة (٩/ ٣٧٢) ، وانظر « التهذيب » (٧/ ٢١٥) .
(٤) الأم (٦/ ١٠٧) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٥١٧) ، و« الروضة » (٩/ ٣٧٢ ، ٣٧٣) .
(٦) التنبيه (ص ٢٢٣) ، الحاوي (ص ٥٥٧) .
(٧) انظر « التهذيب » (٧/ ٢١٢) .
(٨) الروضة (٩/ ٣٦٧ ، ٣٦٨) .

شيخنا الإمام البلقيني مقالة البغوي ؛ لأن الإيجاب لا يكون بالشك ، قال : وقول الأول : الأصل بقاء الحياة ممنوع ؛ لأنا لم نعلم له حياة حتىٰ نقول : الأصل بقاؤها .

٤٨٨٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٣] : (**وكذا إن ظهر بلا انفصال في الأصح**) يقتضىٰ أن الخلاف وجهان ، وكذا في « الروضة » وأصلها[١] ، وليس كذلك ، **فالأصح** منصوص عليه في « الأم »[٢] .

٤٨٨٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٣] : (**وإن ألقته حياً ثم مات . . وجب فيه دية كاملة**) كذا أطلق ، وقيده « المنهاج » فقال [ص ٤٩٣] : (**أو حياً وبقي زمناً بلا ألم ثم مات . . فلا ضمان ، وإن مات حين خرج أو دام ألمه ومات . . فدية نفسٍ**) ولم يعتبر مع الألم الورم ، وهو يشهد لما قدمنا تصحيحه في مسألة الإبرة عن « شرح الوسيط » للنووي .

٤٨٨٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٣] : (**وإن اختلفا في حياته . . فالقول قول الجاني**) اعترض عليه : بأنه ينبغي أن يقول : (العاقلة) لأنهم الغارمون ؛ فإن قتل الجنين لا يتصور فيه العمد .

٤٨٨٥ـ قول « الحاوي » [ص ٥٥٧] : (**واثنين لبدنين**) حكاه في « الروضة » وأصلها عن الإمام والغزالي والبغوي وغيرهم ، قال : وحكى الروياني عن نص الشافعي خلافه[٣] ، والنص المذكور في « الأم » في دية الجنين ، ولفظه : (وإذا ألقت جنينين يجمعهما شيء من خلق الآدمي . . لم يلزم عاقلته إلا دية جنين واحد ، وذلك أن تُلقي بدنين مفترقين في رأسٍ واحدٍ . . . إلىٰ آخر كلامه)[٤] فكيف يعدل عن نص إمام المذهب ؟!

٤٨٨٦ـ قوله : (**بدا في بعضه التخطيط**)[٥] يقتضي أنه لا بد من ظهوره ، ولا يكتفىٰ بالصورة الخفية التي تختص بمعرفتها القوابل ، وليس كذلك كما صرح به « المنهاج »[٦] ، لكن قال شيخنا الإمام البلقيني : إنه خلاف نص الشافعي رضي الله عنه في « الأم » في دية الجنين ، ولفظه : (وأقل ما يكون به السقط جنيناً فيه غرة : أن يبين من خلقته شيء يفارق المضغة أو العلقة إصبع أو ظفر أو عين ، أو ما بان من خلق ابن آدم)[٧] .

٤٨٨٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٣] : (**وإن ألقته مضغة وشهد القوابل أنه خلق آدمي . . ففيه**

---

(١) فتح العزيز (١٠/٥٠٧) ، الروضة (٩/٣٦٨) .
(٢) الأم (٦/١١٠) .
(٣) فتح العزيز (١٠/٥٠٨) ، الروضة (٩/٣٦٨) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٦/٦٢٥) ، و« الوجيز » (٢/١٥٦) ، و« التهذيب » (٧/٢١٢) .
(٤) الأم (٦/١٠٨) .
(٥) انظر « الحاوي » (ص ٥٥٧) .
(٦) المنهاج (ص ٤٩٣) .
(٧) الأم (٦/١٠٧) .

قولان : أحدهما : أنه يجب الغرة ، والثاني : لا يجب) الأظهر : الثاني ، وهو مفهوم « الحاوي »[1] ، وعليه مشى « المنهاج » ، لكن تعبيره بقوله : (قيل : أو قلن : « لو بقي لتصور »)[2] يقتضي أنه وجه .

٤٨٨٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٣] : (ولا يقبل في الغرة ما له دون سبع سنين) خالفه « المنهاج » و« الحاوي » فاعتبرا التمييز[3] ، وقد يحصل قبل هـٰذا السن ، لكن قال شيخنا الإمام البلقيني : إنه ليس بمعتمد ، فلا بد من هـٰذا السن مع التمييز ، وقد نص عليه في « الأم » فقال : (ولهم أن يؤدوا الغرة مستغنية بنت سبع أو ثمان ، ولا يؤدونها في سن دون هـٰذه السن ؛ لأنها لا تستغني بنفسها دون هـٰذا السن ، ولا يُخير المولود بين أبويه إلا في هـٰذه السن)[4] .

٤٨٨٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٣] : (ولا يقبل خصي ولا معيب) من ذكر العام بعد الخاص ؛ لأن الخصاء عيب ؛ فإن المراد : العيب المثبت للرد في البيع كما صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[5] ، وذلك يفهم التفصيل في الكافر بين أن يكون مرتداً أو جارية مجوسية أو وثنية أو غير ذلك ، إلا أنه في بلاد الإسلام بحيث تقل الرغبة في الكافر ، وتنقص قيمته فلا يجزىء ، وبين أن يكون غيره فيجزىء كما ذكروه في الرد بالعيب ، لكن في « الروضة » وأصلها : أنه لا يجبر المستحق علىٰ قبول الكافر[6] ، ومقتضاه : اشتراط الإسلام مطلقاً ، واستغربه في « المهمات » ، وقال : لا أعلم أحداً ذكره غير الرافعي .

٤٨٩٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٣] : (ولا كبير ضعيف) أي : بالهرم ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٥٥٧] : (لم يضعف بهرم) و« المنهاج » [ص ٤٩٣ ، ٤٩٤] : (لم يعجز بهرم) وتعبيره بالأصح يقتضي أن الخلاف وجهان ، وليس كذلك ؛ فإن الأصح منصوص في « الأم »[7] ، وأفصح « التنبيه » عن مقابله فقال [ص ٢٢٣] : (وقيل : لا تقبل الجارية بعد عشرين سنة ولا العبد بعد خمس عشرة سنة) قال النووي : كذا ضبطوه بخمس عشرة ؛ وعللوه : بأنه لا يدخل على النساء ، وكان ينبغي ضبطه بالبلوغ ، ولا يقبل من بلغ لدون هـٰذا السن[8] .

---

(١) الحاوي (ص ٥٥٧) .
(٢) المنهاج (ص ٤٩٣) .
(٣) الحاوي (ص ٥٥٧) ، المنهاج (ص ٤٩٣) .
(٤) الأم (١٠٩/٦) .
(٥) الحاوي (ص ٥٥٧) ، المنهاج (ص ٤٩٣) .
(٦) فتح العزيز (٥٢٢/١٠) ، الروضة (٣٧٦/٩) .
(٧) الأم (١٠٩/٦) .
(٨) انظر « الروضة » (٣٧٦/٩) .

٤٨٩١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٤] : (**ويشترط بلوغها نصف عشر الدية**) أي : بلوغ قيمتها ؛ ولذلك قال « التنبيه » [ص ٢٢٣] : (**قيمته نصف عشر دية الأب أو عشر دية الأم**) و« الحاوي » [ص ٥٥٧] : (**يساوي خمس إبل**) .

٤٨٩٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٤] : (**وقيل : لا يشترط ، فللفقد قيمتها**) يقتضي أنه وجه ، وليس كذلك ؛ فقد حكاه في « التنبيه » قولاً[١] ، وكذلك في « الروضة » وأصلها ، وعبارته : فإن لم توجد الغرة . . فطريقان ، **أصحهما** : قولان ، **أظهرهما** : يجب خمس من الإبل ، **والثاني** : قيمة الغرة[٢] .

٤٨٩٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٤] : (**وقيل : إن تعمد . . فعليه**) يفهم أن الجناية قد تكون عمداً محضاً ومع ذلك يجب على العاقلة في **الأصح** ، وليس كذلك ، بل الخلاف مبني علىٰ تصور العمد في الجناية على الجنين ، **فالمذهب** : أنه لا يتصور ، وإنما يكون خطأً أو عمد خطأ ؛ لأنه لا يتحقق وجوده في حياته حتىٰ يقصد ، وعبارة « المحرر » : (ولا يكون عمداً محضاً علىٰ ظاهر المذهب)[٣] .

٤٨٩٤ـ قوله : (**والجنين اليهودي والنصراني الأصح : غرة كثلث غرة مسلم**)[٤] يقتضىٰ أنه وجه ، وهو **منصوص** الشافعي رضي الله عنه .

٤٨٩٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٤] و« الحاوي » [ص ٥٥٨] : (**والرقيق عشر قيمة أمه**) أحسن من تعبير « التنبيه » [ص ٢٢٣] بـ (**جنين الأمة**) فإنه قد يكون حراً مع كون أمه أمة ، فيجب فيه الغرة ، لكن ذاك معلوم مما قدمته في وجوب الغرة .

٤٨٩٦ـ قولهم : (**يوم الجناية**)[٥] قال في « أصل الروضة » : **الصحيح المنصوص** : تعتبر قيمتها أكثر ما كانت من حين الجناية إلى الإجهاض ، والذي **صححه** الرافعي في « الشرح » : قيمة يوم الجناية ، لكنه علله : بأن قيمته حينئذ أكمل غالباً ، قال : فإن فرضت زيادة القيمة مع تواصل الآلام . . اعتبرنا تلك الزيادة ، ثم قال : وحقيقة هٰذا الوجه النظر إلىٰ أقصى القيم . انتهىٰ .

فلذلك عبر به في « الروضة »[٦] .

٤٨٩٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٤] : (**لسيدها**) كان ينبغي أن يقول : (لسيده) أي : الجنين ؛

---

(١) التنبيه (ص ٢٢٣) .
(٢) فتح العزيز (١٠/٥٢٣ ، ٥٢٤) ، الروضة (٩/٣٧٦ ، ٣٧٧) .
(٣) المحرر (ص ٤١٦) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٤٩٤) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٣) ، و« الحاوي » (ص ٥٥٨) ، و« المنهاج » (ص ٤٩٤) .
(٦) فتح العزيز (١٠/٥١٥ ، ٥١٦) ، الروضة (٩/٣٧٢) .

فقد يكون لشخص أوصىٰ له به وتكون الأم لآخر ، فالبدل لسيده لا لسيدها ، وبنى « المنهاج » كلامه على الغالب أن الحمل المملوك ملك لمالك الأم .

٤٨٩٨ـ قوله : (**فإن كانت مقطوعة ، والجنين سليم . . قُوِّمت سليمة في الأصح**)[١] قد يفهم أن النظر للجنين ، حتىٰ لو كان مقطوعاً . . قومت الأم مقطوعة ، وليس كذلك ، **فالأصح** : أنها تقوم سليمة أيضاً ، فلو قال : (وعكسه) . . حصل المقصود ، وعبر « الحاوي » عن ذلك بقوله [ص ٥٥٨] : (**لا عكسه**) أي : في الصورة لا في المعنىٰ ، والمسألة الأولىٰ واردة علىٰ إطلاق « التنبيه » أن في جنين الأمة عشر قيمة الأم[٢] .

٤٨٩٩ـ قول « المنهاج » : (**وتحمله العاقلة في الأظهر**) مكرر تقدم في الكلام على العاقلة .

* * *

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٤٩٤) .

(٢) التنبيه (ص ٢٢٣) .

باب كفارة القتل

٤٩٠٠ـ قول « الحاوي » [ص ٥٤٨ ، ٥٥١] : (**معقِّب تلفِ معصومٍ يوجب الكفارة في النفس**) قد يرد عليه نساء أهل الحرب وصبيانهم ؛ فإنه لا كفارة بقتلهم مع تحريمه ، وقد صرح به « المنهاج »[1] ، وأشار إليه « التنبيه » بقوله [ص ٢٢٩] : (**إذا قتل من يحرم قتله لحق الله**) فإن تحريم قتل هـٰؤلاء إنما هو لحق المسلمين ، وقد يقال : من هو كذلك لا يطلق عليه أنه معصوم ؛ ولذلك لا يتعلق به ضمان ، وظاهر كلامهم : وجوبها على الفور ، وحكى الرافعي عن المتولي : أنها ليست على الفور ، **وهو المشهور في المذهب** كما قال في « الكفاية » .

ويستثنىٰ من كلامهم : الجلاد إذا جرىٰ علىٰ يده قتل بغير حق بأمر الإمام مع جهل الجلاد بالحال . . فلا كفارة عليه كما جزم به في « الروضة » وأصلها في قتل الحامل ؛ وعلله : بأنه سيف الإمام وآلة سياسته[2] .

٤٩٠١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٤] : (**وإن كان القاتل صبياً ، ومجنوناً**) قد يفهم إعتاق الولي عنهما من مالهما ، وبه صرح في « أصل الروضة » هنا[3] ، لكن يخالفه قوله في (الصداق) : لو لزم الصبي كفارة قتل فأعتق الولي عنه عبداً لنفسه . . لم يجز ؛ لأنه يتضمن دخوله في ملكه وإعتاقه عنه ، وإعتاق عبد الطفل لا يجوز[4] .

٤٩٠٢ـ قوله : (**وعامداً ، أو مخطئاً**)[5] و« التنبيه » [ص ٢٢٩] : (**عمداً أو خطأ**) كان ينبغي أن يذكرا شبه العمد .

٤٩٠٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٤] : (**ومتسبباً**) كان ينبغي أن يذكر الشرط كما فعل « الحاوي »[6] ، إلا أن يدعىٰ دخوله في السبب بتأويل .

٤٩٠٤ـ قول « المنهاج » في المقتول [ص ٤٩٤] : (**وذمي**) كان ينبغي ذكر المستأمن أيضاً ، وقد دخل في قول « التنبيه » [ص ٢٢٩] : (**من يحرم قتله لحق الله**) و« الحاوي » [ص ٥٤٨] : (**بإيمان وأمان**) ، وقد دخل في عبارتهم الإذن في قتل نفسه ، صحت الكفارة بقتله **في الأصح** ، وقد يفهم قول « المنهاج » فيما تقدم : أنه هدر خلافه .

---

(١) المنهاج (ص ٤٩٤) .

(٢) فتح العزيز (١٠/ ٢٧٤) ، الروضة (٩/ ٢٢٨) .

(٣) الروضة (٩/ ٣٨٠) .

(٤) الروضة (٧/ ٢٧٤) .

(٥) انظر « المنهاج » (ص ٤٩٤) .

(٦) الحاوي (ص ٥٤٩) .

٤٩٠٥ـ قول « المنهاج » عطفاً على المنفي [ص ٤٩٤] : (**وباغ**) أي : في حالة القتال ، وقد يفهم أن الباغي إذا قتل العادل في حالة القتال . . لزمته الكفارة ، **والأصح** : خلافه ، فكان ينبغي أن يقول : (وباغ وعادل في القتال) لكن نقل شيخنا الإمام البلقيني عن النص : أنه لا يلزم الباغي الكفارة ولو قتل في غير حالة القتال مع وجود المنعة والتأويل ، وسيأتي ذلك في (قتال البغاة) .

٤٩٠٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٩] : (**وإن اجتمع جماعة في قتل رجل واحد . . وجب علىٰ كل واحد منهم كفارة ، وقيل : فيه قول آخر : أنه يجب عليهم كفارة**) يقتضي أن في المسألة طريقين :

أحدهما : حاكية لقولين ، وأن **الراجح** : طريقة القطع ، والمنقول في « الروضة » وأصلها : أن الخلاف وجهان[1] ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٤٩٤] : (**وعلىٰ كل من الشركاء كفارةٌ في الأصح**) لكن قال الماوردي : إن وجوب كفارة علىٰ كل واحد هو منصوص الشافعي في كتبه[2] .

٤٩٠٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٩] : (**فإن لم يستطع** ـ أي : الصيام ـ . . **ففيه قولان ، أحدهما** : **يطعم ستين مسكيناً كل مسكين مداً من طعام ، والثاني** : **لا يطعم**) الثاني هو **الأظهر** ، وعليه مشى « المنهاج » هنا و« الحاوي » في (كفارة الظهار)[3] ، وعلىٰ هٰذا : فلو مات قبل الصوم . . أخرج من تركته لكل يوم مد ، لا بطريق البدلية ، بل كمن فاته صوم شيء من رمضان .

* * *

---

(١) فتح العزيز (١٠/٥٣٦) ، الروضة (٩/٣٨١) .

(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/٦٨) .

(٣) الحاوي (ص ٥٢٣) ، المنهاج (ص ٤٩٤) .

بابُ[1] دعوى الدّم والقسامة

٤٩٠٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٥] : (**يُشترط أن يُفصِّل ما يدعيه من عمدٍ وخطأٍ**) كان ينبغي أن يقول : (وشبه عمد) . كما ذكره « التنبيه » و« الحاوي »[2] .

٤٩٠٩ـ قولهما : (**وانفرادٍ وشركةٍ**)[3] إن أريد : تفصيل الشركة ببيان عدد الشركاء . . **فالأصح** : أنه يجب في القتل الموجب للقود ، وإن أريد : إطلاقها . . ورد أنه لا خلاف في البيان فيما يوجب الدية ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٦٦٥] : (**بحصر لا في العمد**) .

٤٩١٠ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**فإن أطلق . . استفصله القاضي**)[4] قد يفهم وجوبه ، والذي في « أصل الروضة » : **الصحيح المنصوص ، وبه قطع الجمهور** : يستفصل ، وربما وجد في كلام الأئمة ما يشعر بوجوب الاستفصال ، وإليه أشار الروياني ، وقال الماسرجسي : لا يلزم الحاكم أن يصحح دعواه ، ولا يلزمه أن يستمع إلا إلىٰ دعوىٰ محرره ، وهـٰذا **أصح** . انتهىٰ[5] .

وعبارة الشافعي رضي الله عنه : (وينبغي للحاكم)[6] ، وقال الماوردي : يلزم الحاكم الاستفصال في العمد وشبه العمد ، وحكىٰ وجهين في الخطأ ، **وصحح** : أنه يلزمه[7] .

وهل يختص هـٰذا الاستفصال بالدماء ؛ لخطرها ، أو يتعدىٰ إلىٰ غيرها من الدعاوى ؟ قال شيخنا الإمام البلقيني : إنه محتمل ، **والقياس** : الثاني ، وظاهر كلامهم : أنه لا يكتفىٰ بكتابة رقعة بالمدعىٰ والدعوىٰ بما فيها ، وفيه وجهان في « الكفاية » .

٤٩١١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٥] : (**فلو قال : « قتله أحدهم » . . لم يحلفهم القاضي في الأصح**) لو قال : (لم يسمع الدعوىٰ) . . لكان أولىٰ ، مع أنه مفهوم من اشتراط تعيين المدعىٰ عليه ، ومن قوله بعده : (**ويجريان في دعوىٰ غصب**)[8] وعبارة « الحاوي » [ص ٦٦٥] : (**علىٰ معين**) وهو مفهوم من قول « التنبيه » [ص ٢٦١] : (**وإن ادعىٰ قتلاً . . ذكر القاتل**) .

---

(١) في (د) : (كتاب) .
(٢) التنبيه (ص ٢٦١) ، الحاوي (ص ٦٦٥) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٦١) ، و« المنهاج » (ص ٤٩٥) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٦١) ، و« الحاوي » (ص ٦٦٥) ، و« المنهاج » (ص ٤٩٥) .
(٥) الروضة (١٠/٤) .
(٦) انظر « الأم » (٦/٩٣) .
(٧) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/٣٦) .
(٨) المنهاج (ص ٤٩٥) .

ويستثنىٰ من كلامهم : ما إذا ظهر لوث في حق جماعة . . ففي « أصل الروضة » في أول مسقطات اللوث : أنه لو قال : (القاتل أحدهم ولا أعرفه) . . فلا قسامة ، وله تحليفهم ، فإن حلفوا إلا واحداً . . فنكوله يشعر بأنه القاتل ، ويكون لوثاً في حقه ، فإذا طلب المدعىٰ أن يقسم عليه . . مكن منه **على الأصح** . انتهىٰ[1] .

فيستفاد من قوله : (وله تحليفهم) سماع الدعوىٰ مع الإيهام ؛ فإن التحليف فرع الدعوىٰ ، لكن في « المهمات » أن المذكور هناك خلاف الصحيح ، وأن الرافعي قلد فيه الغزالي ذاهلاً عما تقدم ، والغزالي ممن يصحح سماع الدعوىٰ علىٰ غير معين .

٤٩١٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٥] : (**ويجريان في دعوىٰ غصبٍ وسرقةٍ وإتلافٍ**) ضابطه : أن يكون سبب الدعوىٰ ينفرد به المدعىٰ عليه ، فيجهل تعيينه ، بخلاف دعوى القرض والبيع وسائر المعاملات ؛ لأنها تنشأ بالاختيار .

قال شيخنا الإمام البلقيني : ولو نشأت عن معاملة وكيله أو عبده المأذون وماتا ، أو صدرت عن مورثه . . احتمل إجراء الخلاف للمعنىٰ ، واحتمل ألا يجرىٰ ؛ لأن أصلها معلوم ، قال : ولم أر من تعرض لذلك .

٤٩١٣ـ قوله : (**وإنما تسمع من مكلف ملتزم**)[2] لا يختص ذلك بدعوى الدم ، بل يأتي في كل دعوىٰ ، وعلىٰ ذلك مشى « الحاوي »[3] ، وأورد عليه شيخنا الإمام البلقيني أمرين :

أحدهما : أن المعاهد ليس بملتزم ؛ ولهـٰذا لا يقطع بالسرقة **على الأظهر** ، ولا توقف في سماع دعواه بماله الذي استحقه علىٰ مسلم أو ذمي أو مستأمن مثله ، ولا في دعواه دم مورثه الذمي والمستأمن .

ثانيهما : أن امتناع سماع دعوى الحربي لا يتحقق ؛ لأنه إن كان مع استحقاقه لما يدعي من دم ذمي أو معاهد ورثه في حال ذمته ، ثم نقض العهد ، والتحق بدار الحرب ، ثم جاء يطلب مستحقه . . فطلبه لذلك يؤمّنه ، فتنتفي الحرابة ، وإن كان لأنه لا يستحق شيئاً من ذلك . . فممنوع ؛ فقد يستحقه في حال ذمته ثم ينقض العهد ويلتحق بدار الحرب ، بل ويستحقه في حرابته ، فإذا اقترض حربي من حربي أو اشترىٰ منه ثم أسلم المقترض أو المشتري ، أو دخل إلينا بأمان . . **فالمنصوص المعتمد** : أن دين الحربي باقٍ ، ولو اقترض منهم مسلم في دار الحرب شيئاً أو اشتراه ليبعث إليهم ثمنه ، أو أعطوه شيئاً ليبيعه بدار الإسلام ويبعث ثمنه إليهم . . لزمه ذلك ،

---

(١) الروضة (١٠/ ١٢) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٤٩٥) .

(٣) الحاوي (ص ٦٦٥) .

وحينئذ . . فتسمع دعوى الحربي بذلك ، لكنه يصير في أمان بطلب ذلك كما تقدم .

وبتقدير تسليم أنه لا يستحق شيئاً من ذلك . . فإخراجه من الدعوىٰ ليس من جهة الالتزام ، بل لأنه لم يثبت له حق ، وفي « المهمات » : أن قول الرافعي والنووي : أنه لا تسمع دعوىٰ حربي[1] ذهول عن قواعد مذكورة في السير ؛ فقد نصوا هناك علىٰ أن الحربي لو دخل إلينا بأمان وأودع عندنا مالاً ثم عاد للاستيطان . . لم ينتقض الأمان فيه **على الصحيح** ، حتىٰ لو كان من ذلك عبد كافر فقتله كافر . . طالبه الحربي بالقصاص أو الدية ، وكذا لو أسلم العبد ولم يتفق بيعه فقتله مسلم ، ثم ذكر ما تقدم من اقتراض حربي أو مسلم ، من حربي شيئاً ، وعبارة « التنبيه » [ص ٢٦١] : (**لا تصح الدعوىٰ إلا من مطلق التصرف فيما يدعيه**) وأورد عليه أمور[2] :

أحدها : أنه تسمع دعوى السفيه بالمال الثابت له بسبب الجناية ، فإذا آل الأمر إلى القبض . . قبضه الولي كما في « أصل الروضة » في دعوى الدم[3] ، وهو مقتضىٰ كلام « المنهاج » و« الحاوي » ، ونقل ابن الرفعة عن القاضي حسين : أنها لا تسمع .

ثانيها : دعوى الرقيق العتق أو تعليقه بصفة أو الاستيلاد أو التدبير . . **فالمذهب** في زيادة « الروضة » في آخر الباب الأول من (الدعاوىٰ) : أنها تسمع .

ثالثها : دعوى المرأة النكاح ؛ فإنها غير مطلقة التصرف فيه ، والمنقول : الصحة إن اقترن بها دعوىٰ حق من حقوق الزوجية ؛ كمهر ونفقة وغيرهما ، وكذا إن لم تقترن في **الأصح** .

رابعها : دعوى الحسبة فيما تقبل فيه شهادة الحسبة ، فيه وجهان حكاهما الرافعي في (الشهادات) ، لكن جزم في (الدعاوىٰ) بأنها لا تسمع[4] ، **وهو المعتمد** ، وإن أوهم كلامه في السرقة خلافه ؛ فهو مُأَوَّل .

خامسها : دعوى المفلسِ المالَ مسموعة .

سادسها : حكىٰ في « التوشيح » عن والده : أنه كان يسمع دعوىٰ كل مستحقي الوقف وإن لم يكن ناظراً ، قال : وفي « تعليقة القاضي الحسين » بعد أن ذكر ما إذا ادعى المدعي أن هـٰذه الدار وقف عليَّ : له أن يجيء كل شهر ويدعي عليه أجرة الدار ، فيقول : أستحق عليه كذا وكذا درهماً ما يكون أجرة مثل تلك الدار .

٤٩١٤ـ قول « المحرر » : (**ولا تسمع الدعوىٰ على الصبي والمجنون ، وتسمع على المحجور**

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١١/٦) ، و« الروضة » (١٠/٥) .

(٢) في (د) : (وأورد عليه شيخنا الإمام البلقيني أمور) .

(٣) الروضة (١٠/٥) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (١١/٦١) ، (١٣ ، ٣٦) .

عليه بالفلس والسفه والرق)[1] عدل عنه « المنهاج » إلىٰ قوله [ص ٤٩٥] : (**علىٰ مثله**) أي : مكلف ملتزم ، ولم يتعرض في « الروضة » وأصلها لاشتراط الالتزام في المدعىٰ عليه ، وكذا لم يتعرض له « الحاوي » ، بل اقتصر على التكليف[2] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : تصح الدعوىٰ على المستأمن وإن لم يكن ملتزماً ، وكذا على الحربي بإتلاف في حال التزامه ، ولا تصح الدعوىٰ عليه بإتلاف في حال حرابته . انتهىٰ .

ومقتضىٰ كلام « المنهاج » : سماع دعوى الدم على السفيه ، وبه صرح في « المحرر » ، وفيه تفصيل ، وهو أنه إن كان هناك لوث . . سمعت ، ويقسم المدعي ، وإلا ؛ فإن ادعىٰ ما يوجب القصاص . . سمعت ؛ لأن إقراره به مقبول ، وإلا . . سمعت أيضاً ، ثم إن قبلنا إقراره بالإتلاف . . حكم عليه إن أقر أو بالبينة ، وإلا ـ **وهو الأصح** ـ . . حكم عليه بالبينة إن أنكر ، وله أن يحلفه إن قلنا : يمين الرد كالبينة ، فربما نكل ، وإن قلنا : كالإقرار . . فلا **في الأصح** ، كذا في « الروضة » وأصلها[3] ، وذكر شيخنا الإمام أمرين :

أحدهما : أنا إذا فرعنا علىٰ أن إقرار السفيه بالإتلاف لا يقبل . . لم تسمع الدعوىٰ ، وقال : إنه قضية البناء المعتبر ، ثم قال : ولو قيل : تسمع الدعوىٰ ؛ فإن قامت البينة . . فذاك ، وإن لم تقم البينة وحلف السفيه . . انقطعت الخصومة ، وإن لم يحلف ونكل . . لم ترد اليمين . . لكان له وجه .

ثانيهما : أنا إذا جعلنا النكول مع اليمين المردودة كالبينة . . فهو تقديري لا يتعدىٰ إلىٰ ثالث **على المشهور** ، ومال السفيه بمنزلة الثالث ، فلا يؤخذ بمجرد البينة التقديرية .

٤٩١٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٥] : (**ولو ادعى انفراده بالقتل ثم ادعىٰ علىٰ آخر . . لم تُسمع الثانية**) أحسن من قول « الحاوي » [ص ٦٦٥] : (**كانفراده بقتل ثم شركة آخر**) لتناول الأولىٰ دعواه علىٰ آخر انفراداً ، فلو قال « الحاوي » : (ثم آخر) . . لتناول الشركة والانفراد ، وكان أخصر وأعم كـ « المنهاج » .

ويستثنىٰ من كلامه : ما إذا صدقه الثاني . . فإنه يؤاخذ بإقراره وتسمع الدعوىٰ عليه **على الأصح** في « أصل الروضة »[4] ؛ ولهـٰذا قال في « الحاوي » [ص ٦٦٥] : (**ويؤاخذ المصدق**) ، وقد يفهم كلامهما بقاء الدعوى الأولىٰ بحالها ، وليس كذلك ، فلو لم يقسم على الأول ولم يمض حكم . . لم

---

(١) المحرر (ص ٤١٨) .
(٢) الحاوي (ص ٦٦٥) .
(٣) فتح العزيز (١١/٨) ، الروضة (١٠/٦) .
(٤) الروضة (١٠/٧) .

يمكن العود إليه ، جزم به في « الروضة » وأصلها[1] ، وسكت عما إذا كان ذلك بعد الحكم وأخذ المال .

وقال فيه شيخنا الإمام البلقيني : إن قال : إن الأول ليس قاتلاً . . رد عليه المال ، وإن قال : إنهما مشتركان فيه . . فهل يرد القسط فقط ، أو نقول : يرتفع ذلك من أصله وتنشأ أقسامه على الاشتراك الذي ادعاه آخراً ؟ هـٰذا موضع تردد ، وقياس الباب : الثاني .

وفي « أصل الروضة » لو قال : ظلمته بالأخذ . . سئل ؛ فإن قال : كذبت في الدعوىٰ وليس قاتلاً . . رد المال ، وإن قال : أردت أن معتقدي أن المال لا يؤخذ بيمين المدعي . . لم يرده ؛ لأن النظر إلىٰ عقيدة الحاكم دون الخصم[2] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : فإن مات ولم يسأل . . فالظاهر أن الوارث يرد المال ، ولم يتعرضوا له .

٤٩١٦ـ قول « الحاوي » [ص ٦٦٥] : (**وإن فسّر بغيرٍ**) أعم من قول « المنهاج » [ص ٤٩٥] : (**أو عمداً ووصفه بغيره**) لتناول الأول ما إذا ذكر خطأً أو شبه عمد وفسره بعمد ، وحكم الكل واحد ، وقول « المنهاج » [ص ٤٩٥] : (**لم يبطل أصل الدعوىٰ في الأصح**) و« الحاوي » [ص ٦٦٥] : (**بقي أصلها**) قد يفهم بطلان الوصف ، وأنه لا بد من دعوىٰ جديدة ، وليس كذلك ؛ فالذي في « الروضة » وأصلها : أنه يعتمد تفسيره ويمضي حكمه[3] ، وكان ينبغي أن يقول « المنهاج » : (بطلت الدعوىٰ بالعمد ، وبقيت الدعوىٰ بما فسره) و« الحاوي » : (**بقي أصلها بما فسره**) .

ودخل في عبارة « المنهاج » تفسير العمد بالخطأ وبشبه العمد ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : الموجود في كلام الأصحاب تخصيص الخلاف بما إذا ادعى العمد ثم فسر بعمد الخطأ ، إلا الماوردي ؛ فإنه جعل الخلاف في التفسير بالخطأ ، وعندي أنه تترتب الثانية على الأولىٰ ، فإن منعنا في الأولىٰ . . ففي الثانية أولىٰ ، وإن جوزنا في الأولىٰ . . فهنا وجهان ؛ لأن العمد قد يلتبس بعمد الخطأ ، بخلاف الخطأ المحض ، **والأصح** : أنه يقسم ؛ لاشتراكهما في الرجوع من الأغلظ إلى الأخف .

ونازع شيخنا فيما إذا ادعىٰ خطأً وفسر بعمد ؛ فإنه انتقال من الأدنىٰ إلى الأعلىٰ ، ومقتضىٰ إيجاب القصاص علىٰ قول في القسامة أو في غير اللوث باليمين المردودة ، وذلك شديد المنافاة للخطأ ، فيرتب هـٰذا علىٰ عكسه ، وأولىٰ بألاَّ يقسم ، قال : ولم يفصلوا بين العارف ، فلا يقبل منه

---

(١) فتح العزيز (١١/ ٩) ، الروضة (١٠/ ٧) .

(٢) الروضة (١٠/ ٧) .

(٣) فتح العزيز (١١/ ١٠) ، الروضة (١٠/ ٧) .

الانتقال إلا إذا ادعىٰ سبق لسان ونحوه ، وبين غيره ، فيقبل منه ، ولا بين أن يذكر تأويلاً أو لا ، وللنظر فيه مجال بمقتضى النظائر . انتهىٰ .

٤٩١٧- قولهم - والعبارة لـ« المنهاج » - : (**وتثبت القسامة في القتل بمحل لوث**)(١) محله : ما إذا لم يُعرف أن القاتل غير المدعىٰ عليه ببينة أو إقرار أو علم الحاكم ، قيده بذلك شيخنا الإمام البلقيني ، وهو واضح ؛ ويدل له ما ذكره في « الروضة » وأصلها في مسقطات اللوث : أنه لو قامت بينة بعد إقسام المدعي ، وحُكْم القاضي بموجب القسامة علىٰ أن القاتل غيره . . نقض الحكم واسترد المال(٢) ، ويوافقه قول « الحاوي » [ص ٦٨٦] : (**إنه لو قامت بينة بغيبته . . نقض الحكم بها**) .

٤٩١٨- قول « المنهاج » [ص ٤٩٥] : (**وهو : قرينة لصدق المدعي**) أحسن من قول « التنبيه » [ص ٢٦٦] : (**واللوث : أن يوجد القتيل في محلة أعدائه** . . . إلىٰ آخره) لإيهامه الانحصار فيما ذكر ، مع أنه لا ينحصر فيه ، ومع ذلك فأورد عليه شيخنا البلقيني : أنه لا يكفي مطلق قرينة **لصدق المدعي** ، بل لا بد فيها من أن يغلب ويوقع في القلب صدقه ، وحكىٰ نصوصاً للشافعي توافقه ، وكلاماً للماوردي يدل عليه ، ويوافقه قول « أصل الروضة » : إنه قرينة تثير الظن وتوقع في القلب صدق المدعي(٣) ، و« الحاوي » [ص ٦٨٥] : (قرينةٌ مغلّبةٌ) ولا يرد ذلك عندي على « المنهاج » فإنها لا تكون قرينة لصدقه إلا مع الغلبة والوقوع في القلب ، فأما القرينة المرجوحة إما لضعفها أو لمعارضة ما هو أقوىٰ منها . . فإنها لا تدل على الصدق ، فليست قرينة لصدقه ، وكلامهم في مسقطات اللوث يدل له ، والله أعلم .

٤٩١٩- قول « المنهاج » [ص ٤٩٥] : (**بأن وجد قتيل في محلة أو قرية صغيرة لأعدائه**) و« الحاوي » [ص ٦٨٥] : (**كقتيلٍ في محلة عدوٍّ**) فيه أمور :

أحدها : وجود بعض القتيل كافٍ إذا تحقق موته ، سواء وجد رأسه أو بدنه ، أقله أو أكثره ، ذكره في « أصل الروضة » قبيل كيفيه القسامة ، قال : وإذا وجد بعضه في محلة وبعضه في أخرىٰ . . فللولي أن يعين ويقسم(٤) .

ثانيها : أنه يكفي أن يكونوا أعداء لقبيلته كما جرىٰ في الأنصار واليهود ، ذكره شيخنا الإمام البلقيني ، وحكاه عن النص .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٦) ، و« الحاوي » (ص ٦٨٥) ، و« المنهاج » (ص ٤٩٥) .
(٢) فتح العزيز (١١/ ٢٠) ، الروضة (١٠/ ١٤) .
(٣) الروضة (١٠/ ١٠) .
(٤) الروضة (١٠/ ١٠٦) .

ثالثها : أنه لو وجد بقربها . . كان كذلك كما قاله المتولي ، وهٰذه الثلاثة واردة على « التنبيه » أيضاً .

رابعها : اعتبر في « التنبيه » ألاَّ يخالطهم غيرهم[١] ، وقال في « أصل الروضة » : **الصحيح** : أنه ليس بشرط ، وإنما يشترط ألاَّ يساكنهم غيرهم[٢] ، وتبعه شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » فاستدرك ذلك على « التنبيه »[٣] ، لكنه خالف ذلك في « شرح مسلم » ، فحكىٰ عن الشافعي اعتبار ألاَّ يخالطهم غيرهم[٤] ، وفي « المهمات » : إنه **الصواب الذي عليه الفتوىٰ** ؛ فقد نص عليه الشافعي وذهب إليه جمهور الأصحاب ، بل جميعهم إلا الشاذ ، ثم بسط ذلك ، وكذا قال شيخنا الإمام البلقيني : إنه **المذهب المعتمد** .

ويشترط ألاَّ يكون المخالط لهم صديقاً للمقتول ، ولا من أهله ، فإن كان كذلك . . لم تمتنع القسامة ، قاله ابن أبىٰ عصرون في « المرشد » وغيره ، وقضية خيبر تدل له ؛ فإن أخاه كان معه ، فيلحق به ما في معناه ، وقال العمراني في « الزوائد » : لو لم يدخل ذلك الموضع غير أهله . . لم يشترط فيه العداوة .

٤٩٢٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٥] : (**أو تفرق عنه جمع**) قال شيخنا الإمام البلقيني : إنه كلام ناقص ، والموجود في كلام « المختصر » : (وكذلك لو دخل نفر بيتاً أو صحراء وحدهم ، أو صفين في حرب أو ازدحام في جماعة ، فلا يفترقون إلا وقتيل بينهم)[٥] وهو معنىٰ نص « الأم » و« البويطي »[٦] ، فاعتبر أن يكونوا وحدهم ، وجرىٰ علىٰ ذلك الشيخ أبو حامد وغيره ، وزاد الماوردي علىٰ ذلك ، فقال : أن تدخل جماعة بيتاً أو بستاناً محظوراً ينفردون فيه ، ثم قال : لأن ما انفردوا فيه من الدار والبستان ممنوع من غيرهم إلا بإذنهم[٧] .

ومعنىٰ قوله : (محظوراً) : أن يكون له حظيرة دائرة تمنع من دخول غير الجماعة من ناحية أخرىٰ ، وهو ظاهر نص « البويطي » حيث قال : وكذلك البيت الذي لا منفذ له . انتهىٰ .

ولذلك قال « الحاوي » [ص ٦٨٥] : (**أو جمع محصور**) وعبارة « التنبيه » [ص ٢٦٦] : (**أو تتفرق جماعة عن قتيل في دار**) وقد يقال : إنما احترز « الحاوي » عما إذا تفرقا عنه جمع لا يتصور

---

(١) التنبيه (ص ٢٦٦) .
(٢) الروضة (١٠/١١) .
(٣) تذكرة النبيه (٣/٥١٩) .
(٤) شرح مسلم (١١/١٤٥) .
(٥) مختصر المزني (ص ٢٥١) .
(٦) الأم (٦/٩٠) .
(٧) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/٩) .

اجتماعهم على القتيل . . فلا تسمع الدعوىٰ عليهم ، وهو الذي ذكره الرافعي في عبارة « الوجيز » ، لكن لو ادعى الولي علىٰ عدد منهم يتصور اجتماعهم . . قال الرافعي : فينبغي أن تسمع ويمكن من القسامة ؛ كما لو ثبت لوث علىٰ محصورين فادعىٰ علىٰ بعضهم[1] .

٤٩٢١ـ قول « الحاوي » [ص ٦٨٥] : (**أو صفِّ الخصم المقاتل**) محله : ما إذا التحم القتال أو كان يصل سلاح أحد الصفين إلى الآخر رمياً أو طعناً أو ضرباً ، وإلا . . فإنما يكون لوثاً في حق أهل صفه هو ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٤٩٥] : (**فإن التحم قتالٌ . . فلوثٌ في حق الصف الآخر ، وإلا . . في حق أهل صفه**) ويرد عليه : ما إذا لم يلتحم ولكن وصل سلاح أحدهما .

٤٩٢٢ـ قول « الحاوي » [ص ٦٨٥] : (**أو صحراء برجل بسكين**) لم يتعرض تبعاً لـ« الوجيز » لتلطيخها بالدم ، وقال الرافعي : لا يبعد ألاَّ يشترط ، لكن أكثرهم تعرض له[2] ، ومحله أيضاً : ما إذا لم يكن هناك ما يمكن إحالة القتل عليه من سبع أو غيره ، فإن كان . . لا لوث ، وعبارة « التنبيه » [ص ٢٦٦] : (**أو يُرى القتيل في موضع لا عين فيه ولا أثر ، وهناك رجل مخضب بالدم**) فاعتبر التلطيخ بالدم ، وألاَّ يكون هناك غيره ، ولا يرد عليه ما أورده ابن يونس في « التنويه » من أن ظاهره التناقض ؛ لأن الرجل عين والدم الذي يخضب به أثر ؛ لأن المراد : نفي ما عدا ذلك الرجل ، ولا يخفىٰ أنه لا بد أن يكون القتيل طرياً .

٤٩٢٣ـ قولهما ـ والعبارة لـ« المنهاج » : (**وشهادة العدل لوثٌ**)[3] يقتضي اعتبار صيغة الشهادة عند حاكم بعد دعوىٰ ، وليس كذلك ؛ ففي « أصل الروضة » : سواء تقدمت شهادته على الدعوىٰ أو تأخرت[4] ، وذكره الرافعي بحثاً ، وقال : إن في لفظ « الوجيز » إشعاراً به[5] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه مقتضىٰ كلام الشافعي والأصحاب ، وفي « المهمات » عن « النهاية » عن الأصحاب أن سبيلها سبيل سائر الشهادات ، ثم رأىٰ هو لنفسه ما ذكره الرافعي[6] ، والاكتفاء بالمتقدم على الدعوىٰ يقتضي أنه لا تعتبر صيغة الشهادة ، وممن صرح به الصيدلاني كما نقله شيخنا الإمام البلقيني ، وفي « المهمات » : أنه حكىٰ وجهين في الاكتفاء بصيغه الخبر ، ونقل الرافعي عن « التتمة » حمل كونه لوثاً علىٰ ما إذا فرعنا علىٰ أن الحكم باليمين والشهادة مرجحة ، فإن قلنا : الحكم بالشهادة أو بهما . . لم يكن لوثاً ، ولكن يحلف المدعي مع شاهده إلا أنه لا يثبت

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١١/ ١٧) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١١/ ١٧) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٦٦) ، و« المنهاج » (ص ٤٩٥) .
(٤) الروضة (١٠/ ١١) .
(٥) فتح العزيز (١١/ ١٧) .
(٦) نهاية المطلب (١٧/ ١٥ ، ١٦) .

القصاص ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : إذا شهد العدل عند الحاكم على الوجه المعتبر وكان في خطأ أو شبه عمد . . لم يكن لوثاً ، صرح به الماوردي[1] ، وهو ظاهر ؛ لأن مقتضى اللوث نقل اليمين إلىٰ جانب المدعي ، وهي هنا في جانبه ابتداء ، وقول الرافعي : إن شهد العدل الواحد بعد دعوى المدعي . . فاللوث حاصل[2] يمكن حمله على العمد المحض ؛ لعدم ثبوته بشاهد ويمين ، وفي « النهاية » عن الأصحاب : لو أقام شاهداً واحداً وأراد أن يقدره لوثاً . . حلف خمسين يميناً ، أو لا . . حلف معه علىٰ قياس اليمين مع الشاهد ، ثم استشكله : بأنا إن قلنا : يحلف مع الشاهد خمسين يميناً . . فلا فائدة في هٰذا التقسيم ، وإن قلنا : يميناً واحدة والقتل خطأ . . فلا معنىٰ لتقسيم إرادته ، ويكفيه يمين واحده[3] ، قال شيخنا : وجوابه : أن فائدة التقسيم أنا عند جعله لوثاً . . لا يحتاج إلىٰ لفظ شهادة ولا تقدم دعوىٰ ولا استدعاء ، وإذا لم نجعله لوثاً . . احتجنا إلىٰ ذلك .

٤٩٢٤ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٥] : (**وكذا عبيد أو نساء**) فيه أمور :

أحدها : ظاهره اعتبار صيغة الشهادة ، وأصرح منه في ذلك قول « التنبيه » [ص ٢٦٦] : (**أو شهد جماعة من النساء أو العبيد بذلك**) مع أنها لا تعتبر في العدل كما تقدم فكيف بالعبد والمرأة .

ثانيها : تناول إطلاقهما ما لو جاؤوا مجتمعين ، وكذا **صححه** في « أصل الروضة »[4] ، وعبارة الرافعي : إنه **أقوىٰ** ، لكنه قال : إن مقابله **أشهر**[5] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه ظاهر نص « الأم » و« المختصر » حيث قال : أو تأتي ببينة متفرقة من المسلمين من نواحي لم يجتمعوا[6] ، قال : والمعروف عند الأصحاب الجري على اعتبار تفرقهم **وهو المذهب** ، وقول الرافعي : إن مقابله أقوىٰ ممنوع ، بل الأقوىٰ لتحصيل الظن المؤكد : اشتراط تفرقهم . انتهىٰ .

وفي « المهمات » : إن **الفتوىٰ** على اشتراط تفرقهم ، قال : ويشترط أيضاً ألاَّ يمضي زمان يمكن فيه اتفاقهم ؛ بأن يتفرقوا ثم يخبروا كما حكاه في « البيان » عن أكثر الأصحاب[7] ، وهو ظاهر .

ثالثها : مقتضىٰ عبارتهما : أنه لا يكتفىٰ باثنين ، وهو مقتضىٰ عبارة « الروضة » وأصلها ، ثم قالا : وفي « التهذيب » : أن شهادة عبدين أو امرأتين كشهادة الجمع ، وفي « الوجيز » : أن

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/ ١٢) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١١/ ١٧) .
(٣) نهاية المطلب (١٧/ ١٥ ، ١٦) .
(٤) الروضة (١٠/ ١١) .
(٥) فتح العزيز (١١/ ١٦) .
(٦) الأم (٦/ ٩٠) ، مختصر المزني (ص ٢٥١) .
(٧) البيان (١٣/ ٢٣٧) .

القياس أن قول واحد منهم لوث[1] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٨٥] : (**وقول راو**) وفي « النهاية » و« البسيط » عن الأصحاب اعتبار عدد يبعد عن التواطؤ[2] ، فإن صح ذلك.. تقيد به كلام « التنبيه » و« المنهاج » ، وفي « المهمات » : إن الحكم ما ذكره البغوي من الاكتفاء باثنين ؛ فقد جزم به الماوردي[3] ، وحكاه عنه في « البحر » ، وارتضاه ، وجزم به الخوارزمي في « الكافي » ومحمد بن يحيىٰ في « المحيط » ، وفي « الذخائر » عن اختيار الإمام : الاكتفاء بواحد .

رابعها : لم يصرحا في النساء والعبيد بأن يكونوا ممن تقبل روايتهم ، ولا بد منه ، وهو مفهوم من قول « المنهاج » بعده [ص ٤٩٥] : (**وقول فسقةٍ وصبيانٍ وكفارٍ لوثٌ في الأصح**) .

ونازع في ذلك شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : **الأصح** : أنه ليس بلوث ، وقال الشيخ أبو محمد : ليس بلوث من الكفار ، قال شيخنا : وهـٰذا له تعلق بظاهر النص في التقييد بالمسلمين . انتهىٰ .

ويوافقه قول « الحاوي » [ص ٦٨٥] : (**وصبية وفسقة**) فلم يذكر الكفار ، ولا يقال : هم مندرجون في لفظ الفسقة ؛ لمغايرتهم لهم عرفاً ، ولا يلزم من قبول مطلق الفسقة قبول الكفار ، وأيضاً فالكافر قد يكون عدلاً في دينه .

٤٩٢٥ـ قوله : (**وإن لم يكن أثر جرحٍ وتخنيقٍ**)[4] ينبغي حمله علىٰ نفي هـٰذين الأثرين بخصوصهما لا علىٰ نفي الأثر مطلقاً ؛ فإنه لا قسامة إذاً **على الصحيح** ، وحمله صاحب « التعليقة » على العموم ، ثم استدرك عليه ، وقال البارزي : تبع في ذلك « الوجيز » ، والظاهر أن مراده ـ يعني : الغزالي ـ : أنه لا يبطل بانتفاء الأثر مطلقاً ؛ فإنه قال في « الوسيط » : وليس من مبطلات اللوث عندنا ألاَّ يكون على القتيل أثر ؛ لأن القتل [بالتخنيق][5] ممكن بحيث لا يظهر أثره[6] ، لكنه خلاف الأصح ، وفي « المهمات » : أن **المذهب المنصوص وقول الجمهور** : ثبوت القسامة وإن لم يوجد أثر أصلاً ، ثم بسط ذلك .

٤٩٢٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٦] : (**وإن ادعىٰ أحد الوارثين القتل علىٰ واحد في موضع اللوث وكذبه الآخر.. سقط اللوث في أحد القولين ، ولم يسقط في الآخر**) رجح الرافعي والنووي

---

(١) فتح العزيز (١١/١٦) ، الروضة (١٠/ ١١) ، وانظر « الوجيز » (٢/ ١٥٩) ، و« التهذيب » (٧/ ٢٢٥) .
(٢) نهاية المطلب (١٧/ ١١) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/ ١٢) .
(٤) انظر « الحاوي » (ص ٦٨٥ ، ٦٨٦) .
(٥) في جميع النسخ : (بالتحقيق) ، والمثبت من « الوسيط » .
(٦) الوسيط (٦/ ٤٠١) .

الأول[1] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال عطفاً على المنفي [ص ٦٨٦] : (**وكُذِّب وارثٌ**) و« المنهاج » فقال [ص ٤٩٥] : (**بطل اللوث ، وفي قولٍ : لا ، وقيل : لا يبطل بتكذيب فاسقٍ**) **ورجح** شيخنا الإمام البلقيني الثاني ، قال : لأن الشافعي رضي الله عنه قطع به في موضع من « الأم » و« المختصر » ، واختاره المزني[2] ، وقدمه الشافعي في كل موضع ، **وصححه** البغوي[3] ، والدليل يعضده ، ثم إن الأول مقيد بقيدين :

أحدهما : أن محله فيما إذا لم يثبت اللوث بشاهد واحد في خطأ أو شبه عمد ، فإن كان كذلك . . لم يبطل بتكذيب أحدهما قطعاً ، ذكره شيخنا الإمام البلقيني ، وهو واضح .

ثانيهما : محله أيضاً في المعين لا في أهل محلة ونحوهم ثبت في حقهم لوث ، فعين أحد الوارثين واحداً منهم وكذبه الآخر ، وعين غيره ولم يكذبه أخوه فيما قال . . فلا يبطل حق الذي كذب من الذي عينه ؛ لبقاء أصل اللوث ، وانخرامه إنما هو في ذلك المعين الذي تكاذبا فيه ، ولاسيما إذا كان القتل خطأ أو شبه عمد وعاقلة المعينين واحدة كأب وابن ، ذكره شيخنا الإمام البلقيني أيضاً ، وقال : لا بد منه ، والنص يشهد له .

٤٩٢٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٥] : (**ولو قال أحدهما : « قتله زيد ومجهول »**) أي : عندي ، فلو عبر بقوله : (لا أعرفه) كما عبر به غيره . . لكان أولىٰ .

٤٩٢٨ـ قوله : (**ولو ظهر لوث بأصل قتلٍ دون عمدٍ وخطأٍ . . فلا قسامة في الأصح**)[4] صورته : أن يفصل الدعوىٰ ويظهر اللوث بأصل القتل دون صفته ، أو لا يفصل ويحتمل جهالة الدعوىٰ ، قال الرافعي : وهـٰذا يدل علىٰ أن القسامة علىٰ قتل موصوف يستدعي ظهور اللوث في قتل موصوف ، وقد يفهم من إطلاق الأصحاب الاكتفاء بظهوره في أصل القتل ، وله أن يقسم على القتل الموصوف ، قال : وليس ببعيد ، وكما لا يعتبر ظهوره فيما يرجع إلى الانفراد والاشتراك لا يعتبر في ظهور العمد والخطأ[5] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وهـٰذا الذي بحثه الرافعي هو الذي يظهر من كلام الشافعي وأصحابه ، فمتىٰ ظهر لوث وفصل الولي . . سمعت الدعوىٰ وأقسم بلا خلاف ، ومتىٰ لم يفصل . . لم تسمع ولم يقسم **على الأصح** .

٤٩٢٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦٧] : (**وإن كان الدعوىٰ في طرف . . فاليمين على المدعىٰ عليه** ،

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٢١) ، و« الروضة » (١٠/ ١٤) .
(٢) الأم (٦/ ٩٤ ، ٩٥) ، مختصر المزني (ص ٢٥٢) .
(٣) انظر « التهذيب » (٧/ ٢٤٣) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٤٩٦) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١١/ ١٩) .

وفي التغليظ بالعدد قولان) **الأظهر** : نعم ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٨٦] : (**كسائر أيمان الجراح**) .

٤٩٣٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٦] : (**ولا يقسم في إتلاف مال العبد في الأظهر**) رجح شيخنا الإمام البلقيني القطع به ، وقال : نص في « الأم » و« مختصر المزني » و« البويطي » عليه[1] ، ولم أقف علىٰ مقابله ، وحكاه الماوردي عن المحققين[2] ، وقول « التنبيه » [ص ٢٦٦] : (**ويقضي له بالدية**) يفهم مقابله ، وقد يقال : بناه على الغالب .

٤٩٣١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦٦ ، ٢٦٧] : (**وإن ادعى القتل علىٰ رجل مع اللوث وأقر آخر أنه قتله . . لم يسقط حق الولي من القسامة**) قال في « الكفاية » : أي : إذا لم يطالبه بموجب إقراره ، فإن طالبه . . بطل اللوث بالنسبة للأول ، ووجب رد ما أخذه منه .

٤٩٣٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٦] : (**وهي : أن يحلف المدعي علىٰ قتلٍ ادعاه خمسين يميناً**) فيه أمران :

أحدهما : أورد عليه شيخنا الإمام البلقيني : أنه قد يكون الحالف غير المدعي فيما إذا أوصىٰ للمستولدة سيدها بقيمة عبده وهناك لوث . . فلها الدعوىٰ بذلك **على المنصوص المعتمد** ، وليس لها أن تقسم على **الأظهر** ، وإنما يقسم الوارث ، وهـٰذه واردة أيضاً علىٰ قول « التنبيه » [ص ٢٦٦] : (**حلف المدعي خمسين يميناً**) وقد ذكر « المنهاج » بعد ذلك من يقسم بقوله [ص ٤٩٦] : (**ومن استحق بَدَلَ الدم . . أقسم**) وأفصح به « الحاوي » بقوله [ص ٦٨٥] : (**كالوارث ولو في العبد الموصَىٰ بقيمته**) .

ثانيهما : أورد عليه شيخنا أيضاً : الجنين ، فيقسم عليه في محل اللوث كما صرح به الماوردي[3] ، واقتضاه كلام غيره ، ولا يسمىٰ هـٰذا قتيلاً ، إنما يطلق القتيل علىٰ من تحققت فيه الحياة المستقرة ، وفيما ذكره شيخنا في ذلك نظر ؛ فالأقسام يجيء في قد الملفوف مع أنا لا نتحقق فيه حالة القتل حياة مستقرة ، وقد يقال : المراد : تحقق الحياة المستقرة في الجملة ، وقد تحققت قبل ذلك ، بخلاف الجنين ، والله أعلم .

٤٩٣٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٦] : (**ولا يشترط موالاتها على المذهب**) كذا في « الروضة » ، ثم قال : وقيل : وجهان ، وأخذه من قول الرافعي : وهو الذي أورده أكثرهم[4] ، وقد يقال :

---

(١) الأم (٦/ ٩١) ، مختصر المزني (ص ٢٥١) .

(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/ ١٨) .

(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/ ٢٤) .

(٤) فتح العزيز (١١/ ٢٥) ، الروضة (١٠/ ١٧) .

لا يدل ذلك على القطع ؛ فلعلهم جزموا بالصحيح ، وكان ينبغي أن يقول : (**على النص**) فإنه **منصوص** في « الأم » و« المختصر »[1] ، وذكر في « المطلب » أن مقابله منصوص أيضاً ، ونازعه في ذلك شيخنا الإمام البلقيني .

٤٩٣٤ـ قوله : (**ولو مات . . لم يبن وارثه على الصحيح**)[2] كان ينبغي أن يقول : (**على النص**) فإنه منصوص في « الأم » و« المختصر »[3] .

٤٩٣٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦٦] : (**فإن كان المدعي جماعة . . ففيه قولان ، أحدهما : يحلف كل واحد منهم خمسين يميناً ، والثاني : تقسم عليهم الخمسون علىٰ قدر مواريثهم ويجبر الكسر**) الثاني هو **الأظهر** ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[4] ، وأورد شيخنا الإمام البلقيني : أن ظاهر العبارة التوزيع بحسب الإرث المحكوم به جزماً ، وليس كذلك ، وإنما هو بحسب الإرث المحتمل ، فإذا كانت الورثة أبناء وولداً خنثىٰ . . فلا توزع الخمسين[5] بحسب الإرث الناجز ، بل يحلف الابن ثلثي الخمسين ويأخذ النصف ، ويحلف الخنثىٰ نصف الخمسين ويأخذ الثلث ، ويوقف الباقي ، قال : والضابط الاحتياط في الطرفين الحلف بالأكثر والأخذ بالأقل ، وإليه أشار « الحاوي » بقوله [ص ٦٨٥] : (**الخنثى الأكثر وأخذ الأقل ووُقِف الباقي**) وذكر شيخنا أيضاً أن مقابل الأظهر ليس منصوصاً للشافعي ، وأن تخريجه ضعيف .

٤٩٣٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٦] : (**ولو غاب . . حَلَفَ الآخر خمسين وأخذ حصته ، وإلا . . صبر للغائب**) هو معنىٰ قول « الحاوي » [ص ٦٨٥] : (**والحاضر فُرِض حائزاً**) قال في « المهمات » : إنما يتجه إذا قلنا : إن تكذيب بعض الورثة لا يمنع القسامة ، وهو رأي البغوي ، فإن قلنا : يمنع ـ **وهو الصحيح** ـ . . تعين انتظارهم ؛ لأن توافق الورثة شرط ، والبغوي قال ذلك علىٰ طريقته ، فوافقه الرافعي ذهولاً .

قلت : بل إيراد « المهمات » هو الذهول ؛ فإن الرافعي قال في توجيه رأي البغوي : أنه لو كان أحد الوارثين صغيراً أو غائباً . . كان للبالغ الحاضر أن يقسم مع احتمال التكذيب من الثاني إذا بلغ أو قدم ، وقال في توجيه **الأصح** : وفيما إذا كان صغيراً أو غائباً . . لم يوجد التكذيب الجازم للظن ،

---

(١) الأم (٦/٩٢) ، مختصر المزني (ص ٢٥٢) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٤٩٦) .

(٣) الأم (٦/٩٢) ، مختصر المزني (ص ٢٥٢) .

(٤) الحاوي (ص ٦٨٥) ، المنهاج (ص ٤٩٦) .

(٥) تنازعت النسخ بين (يوزع) و(توزع) ، واتفقت على (الخمسين) ، ولعل صواب العبارة إما : (تُوزَّع الخمسون) ، أو (نُوزِّع الخمسين) ، والله أعلم .

فكان كما إذا ادعىٰ ولم يساعد الآخر ولم يكذب . . كان للمدعي أن يقسم . انتهىٰ[1] .

وهو دال علىٰ أن حلف البعض مع غيبة الباقي متفق عليه على الرأيين معاً .

٤٩٣٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦٦] : (**فإن لم يكن لوث . . حلف المدعىٰ عليه يميناً واحدة في أحد القولين ، وخمسين يميناً في الآخر**) **الأظهر** : الثاني ، وعليه مشى « الحاوي » و« المنهاج » ، لكنه عبر فيها بالمذهب[2] ، وليس فيها في « الروضة » إلا قولان ، لكن في الرافعي طريقة قاطعة بالتعدد أسقطها في « الروضة »[3] ، **ورجحها** شيخنا الإمام البلقيني ، وعبر « المنهاج » بالمذهب أيضاً في اليمين المردودة على المدعي وعلى المدعىٰ عليه مع لوث واليمين مع شاهد[4] ، وهو مردود في الأولىٰ والثالثة ؛ فليس فيهما إلا قولان .

نعم ؛ في الثانية طريقان ، **والأصح** فيها : القطع بالتعدد ، وبه جزم « التنبيه » ، ثم قال [ص ٢٦٦] : (**وإن كانوا جماعة . . ففيه قولان ، أحدهما : يحلف كل واحد منهم خمسين يميناً ، والثاني : يقسم عليهم الخمسون علىٰ عدد رؤوسهم**) **والأظهر** : الأول ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٨٦] : (**بلا توزيع**) .

٤٩٣٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٦] : (**ولو ادعىٰ عمداً بلوثٍ علىٰ ثلاثة حضر أحدهم . . أقسم عليه خمسين وأخذ ثلث الدية ، فإن حضر آخر . . أقسم عليه خمسين ، وفي قول : خمساً وعشرين إن لم يكن ذكره في « الأيمان » ، وإلا . . فينبغي الاكتفاء بها بناء علىٰ صحة القسامة في غيبه المدعىٰ عليه ، وهو الأصح**) فيه أمور :

أحدها : أنه يفهم أن الخلاف في الأقسام على الثاني خمسين أو خمساً وعشرين قولان ، وهو في « الروضة » وجهان ، ويقال : قولان[5] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : إن الأول قول ، والثاني وجه .

ثانيها : أن عبارته توهم أن قوله : (**إن لم يكن ذكره في الأيمان**) تقييد للقول الضعيف ، وليس كذلك ، بل هو متعلق بقوله : (**أقسم**) وقد رد شيخنا الإمام البلقيني هـٰذا البحث ، وقال : إن كان غائباً في مسافة القضاء على الغائب . . فلا حاجة لإعادة شيء من الأيمان قطعاً ، وإن كان فيما دونها . . لم يعتد بما تعلق بالغائب قطعاً ، وإن ذكره في الأيمان ؛ لعدم تقدم دعوىٰ عليه ، وهـٰذا الخلاف المبني عليه إنما هو فيما إذا ادعىٰ عليه ثم غاب عن مجلس الحكم وقت الأيمان ، وعبارة

---

(١) فتح العزيز (١١/ ٢١ ، ٢٢) ، وانظر « التهذيب » (٧/ ٢٤١) .
(٢) الحاوي (ص ٦٨٧) ، المنهاج (ص ٤٩٦) .
(٣) فتح العزيز (١١/ ٣٦) ، الروضة (١٠/ ٢٩) .
(٤) المنهاج (ص ٤٩٦) .
(٥) الروضة (١٠/ ٢٣) .

« أصل الروضة » : **أصحهما** : نعم كالبينة ، ومقتضاه : القطع بسماع البينة في غيبة المدعىٰ عليه ، لكن **الأصح** في « الروضة » في القضاء على الغائب : منعه[1] .

ثالثها : أنكر شيخنا الإمام البلقيني هٰذا الخلاف المحكي في صحة القسامة في غيبة المدعىٰ عليه ، وبتقدير ثبوته فهو ضعيف جداً ينبغي التعبير عن مقابله بالصحيح .

رابعها : أنه لم يفصح عن حكم الثالث إذا حضر ، وهو : أنه يقسم عليه خمسين على **المرجح** ، وسبعة عشر علىٰ مقابله .

٤٩٣٩ـ قوله : (**ومن ارتد . . فالأفضل تأخير أقسامه ليُسلم**)[2] لو عبر بـ (**الأولىٰ**) كما في « الروضة » وأصلها[3] . . لكان أولىٰ ، والمراد : ردته بعد موت المجروح ، أما لو مات قبلها . . فإنه لا يقسم ؛ لأنه لا يرث .

فصل

[ما يثبت به موجب القصاص]

٤٩٤٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٧] : (**إنما يثبت موجب القصاص بإقرارٍ أو عدلين**) أورد علىٰ حصره ثبوته بحلف المدعي عند نكول المدعىٰ عليه وبعلم القاضي ؛ فإنه جائز في غير حدود الله تعالىٰ علىٰ **الأظهر** .

٤٩٤١ـ قوله : (**والمال بذلك أو برجل وامرأتين أو ويمين**)[4] يرد عليه الأمران المتقدمان ، ويقع في بعض النسخ : (**أو يمين**) بغير واو ، ولا بد منها ؛ والمراد : جنس اليمين ؛ لما تقدم أن الأيمان في الجراح متعددة مطلقاً .

٤٩٤٢ـ قوله : (**ولو عفا عن القصاص ليقبل للمال رجل وامرأتان . . لم يُقبل في الأصح**)[5] كان ينبغي أن يقول : (على النص) والمراد : عفو يوجب المال ، وقوله : (**ليقبل للمال رجل وامرأتان**) تصوير ، ولا يختص الحكم بأن يكون علة العفو ذلك ، وفي معنىٰ ذلك : قبول شاهد ويمين ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٦٧٢] : (**ولموجب القصاص وإن عُفِيَ رجلين**) وهو داخل في قول « التنبيه » [ص ٢٧٠] : (**وإن شهد في قتل العمد شاهد وامرأتان . . لم يثبت القصاص ولا الدية**) .

٤٩٤٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٧] : (**ولو شهد هو وهما بهاشمة قبلها إيضاحٌ . . لم يجب**

---

(١) الروضة (١٠/١٨ ، ٢٣) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٤٩٦ ، ٤٩٧) .
(٣) فتح العزيز (١١/٤٧) ، الروضة (١٠/٢٨) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٤٩٧) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٤٩٧) .

أرشها على المذهب) كذا لا يجب الأرش بشاهد ويمين ، وقد تناول ذلك قول « الحاوي » فيما لا يثبت برجل وامرأتين ولا بشاهد ويمين : (**وهشم سُبق بإيضاح**)[1] والمراد : أن يكون ذلك من شخص واحد بجناية واحدة ، فلو كان من جانيين أو من جان واحد في مرتين . . ثبت أرش الهاشمة بذلك ؛ ففي « أصل الروضة » عن الإمام : لو ادعىٰ أنه أوضح رأسه ثم عاد وهشمه . . فينبغي أن يثبت أرش الهاشمة برجل وامرأتين ؛ لأنها لم تتصل بالموضحة ولم تتحد الجناية ، قال : ولو ادعىٰ مع القصاص مالاً من جهة لا تتعلق بالقصاص وأقام على الدعوتين رجلاً وامرأتين . . **فالمذهب** : ثبوت المال ، وبه قطع الجمهور[2] .

٤٩٤٤ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٧] : (**فلو قال : « ضربه بسيف فجرحه فمات » . . لم يثبت حتىٰ يقول : « فمات منه » أو « فقتله »**) يرد علىٰ حصره ما لو قال : (**فمات مكانه**) فقد نص في « المختصر » علىٰ أنه يثبت به القتل[3] ، وحكاه في « أصل الروضة » ، ثم قال : وفي لفظ الإمام ما يشعر بنزاع فيه[4] ، وحكىٰ شيخنا الإمام البلقيني أن لفظ النص في « الأم » : أنهر دمه ومات مكانه من ضَرْبِهِ[5] ، قال : وهو أقوىٰ مما نقله المزني ، وكأن المزني أخل من « الأم » بقوله : (من ضربه) فأتبعوه من غير تنقيب عليه ، فعلىٰ هـٰذا لا يرد ذلك على « المنهاج » ، ولا يرد ذلك على « التنبيه » علىٰ كل حال ؛ لأنه لم يقل : (فجرحه) ولا يمكن مع ذلك ثبوت القتل بقوله : (فمات مكانه) ، وأيضاً فالذي لا يثبت مع قوله : (جرحه) بدون قوله : (فمات منه) أو (فقتله) هو القتل ، لكن يثبت الجرح ، فلو ادعى الولي أنه مات من الجراحة وادعى الجاني أنه مات بسبب آخر ولم يدع الاندمال . . **فالأصح** : تصديق الولي ، فيحلف المستحق خمسين يميناً ، وله القود بشرطه .

٤٩٤٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٧] : (**ويشترط لموضحةٍ : « ضربه فأوضح عظم رأسه » ، وقيل : يكفي : « فأوضح رأسه »**) تبع فيه « المحرر » فإنه جعله أقوىٰ[6] ، لكن في « الروضة » وأصلها الجزم بالاكتفاء باللفظ الثاني ، ثم قالا : وحكى الإمام والغزالي أنه يشترط التعرض لوضوح العظم ، ولا يكفي إطلاق الموضحة ؛ فإنها من الإيضاح ، وليست مخصوصة بإيضاح العظم ، وتنزيل ألفاظ الشاهد علىٰ ألفاظ اصطلح عليها الفقهاء لا وجه له .

---

(١) الحاوي (ص ٦٧٣) .
(٢) الروضة (١٠/ ٣٢) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٩٧) .
(٣) مختصر المزني (ص ٢٥٤) .
(٤) الروضة (١٠/ ٣٢) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/ ١٠٠) .
(٥) الأم (٦/ ١٨) .
(٦) المحرر (ص ٤٢١) .

نعم ؛ لو كان الشاهد فقيهاً وعلم القاضي أنه لا يطلقها إلا علىٰ ما يوضح العظم . . ففيه تردد للإمام[1] ، وحكىٰ شيخنا الإمام البلقيني الاكتفاء بذلك عن نص « الأم » و« المختصر »[2] ، قال : وعليه جرى الجمهور ، وقول الإمام : إن الإيضاح لفظ اصطلح الفقهاء عليه ممنوع ؛ فهو لغوي مشهور أناط به الشرع الأحكام ، فهو كصرائح الطلاق يقضىٰ بها مع الاحتمال ، فإذا شهد بأنه سرح زوجته . . قضىٰ بطلاقها ، وإن كان يحتمل أن يكون سرح رأسها .

٤٩٤٦ـ قول « الحاوي » فيما يثبت برجل وامرأتين وشاهد ويمين [ص ٦٧٢] : (**كموضحة عجز عن تعيينها**) أي : تعيين موضعها ، يثبت به المال وإن لم يثبت القصاص ، عد من أفراده ، والذي في « الروضة » وأصلها هنا إنما هو **تصحيح** ثبوت أرش الموضحة في شهادة البينة الكاملة بالإيضاح مع العجز عن تعيين موضعها ، لا في شهادة البينة الناقصة لذلك ، بل صرح الرافعي في أثناء التوجيه بأنه لا يكتفىٰ بالبينة الناقصة في ذلك لإثبات الإرش ، فقال : كما لو شهد رجل وامرأتان علىٰ موضحة عمداً لا يثبت الأرش كما لا يثبت القصاص[3] .

٤٩٤٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٧] : (**ويثبت القتل بالسحر بإقرار لا بينة**) قد يفهم أنه لا مدخل للبينة في ذلك أصلاً ، لكن في « الكفاية » : أن ما ينشأ عن السحر قد يثبت بالبينة ؛ كأن يقول : (سحرته بكذا) فيشهد عدلان من السحرة بعد توبتهما أن هـٰذا الذي أقر أنه سحره به يقتل غالباً .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : يضاف إلى الإقرار ما لو قال : أمرضته بسحري ولم يمت به بل بسبب آخر ، وحكىٰ عن نص « الأم » : أن للمستحق أن يقسم أنه مات منه ويأخذ الدية ، ونازع فيما نقله في « الروضة » وأصلها عن نص « المختصر » : أنه لوث ، وفي قولهما : أنه لا بد من ثبوت أنه بقي متألماً إلىٰ موته ، وقال : إنما يحتاج لذلك إذا قال الساحر : برىء منه ، فإن لم يقل : برىء منه . . لم يحتج إلىٰ بينة استمرار الألم به[4] .

٤٩٤٨ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » هنا ـ : (**ولو شهد لمورثه بجرح قبل اندمال . . لم يقبل ، وبعده يقبل**)[5] أحسن من قول « المنهاج » في (الشهادات) في أمثلة التهمة [ص ٥٦٩] : (**وبجراحة مُوَرِّثِهِ**) لشموله ما بعد الاندمال ، ولا يخفىٰ أن القبول بعد الاندمال إنما هو من غير الأصول والفروع ، فلا معنىٰ لإيراده ؛ لوضوحه ، فلو شهد قبل الاندمال وهو محجوب عن الإرث بغيره ثم صار وارثاً قبل قضاء القاضي بشهادته . . لم يقض ، وإن كان بعده . . لم يُنقض .

---

(١) فتح العزيز (١١/ ٥٤) ، الروضة (١٠/ ٣٣) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/ ١٠١) ، و« الوجيز » (٢/ ١٦١) .
(٢) الأم (٦/ ٩٩) ، مختصر المزني (ص ٢٥٤) .
(٣) فتح العزيز (١١/ ٥٤) ، الروضة (١٠/ ٣٣) .
(٤) فتح العزيز (١١/ ٥٧) ، الروضة (٩/ ٣٤٧ ، ٣٤٨) ، وانظر « مختصر المزني » (ص ٢٥٥) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ٢٦٩) ، و« الحاوي » (ص ٦٧٠) ، و« المنهاج » (ص ٤٩٧) .

واستثنى ابن أبي عصرون من منع قبول شهادة الوارث بالجرح قبل الاندمال : ما لو كان على المجروح دين يستغرق أرش الجراحة ولا مال له ؛ لانتفاء التهمة حينئذ ، وهو مردود ؛ لأن الدين لا يمنع الإرث ؛ ولأن صاحب الدين قد يبرىء منه .

٤٩٤٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٠] : (**وإن شهد الوارث للموروث في المرض** ـ أي : بمال ـ **لم يقبل ، وقيل : يقبل**) **الأصح** : القبول ، وهو الذي في « المنهاج » و« الحاوي »[١] ، ووقع في « شرح ابن يونس » بعد قول « التنبيه » : (**في المرض ثم برى**) وليس ذلك في النسخ المشهورة ، ولا هو في « الكفاية » ، واعترضه صاحب « التنويه » : بأنه لا فرق بين أن يبرأ من ذلك المرض أم لا ، قال : ولم يذكره في « المهذب » ولا مشاهير الكتب .

٤٩٥٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٠] : (**ولا تقبل شهادة الدافع عن نفسه ضرراً ؛ كشهادة العاقلة علىٰ شهود القتل بالفسق**) محله : في غير العمد ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٦٧٠] : (**والعاقلة بفسق شهود الخطأ**) ، ولو قالا كـ« المنهاج » [ص ٤٩٧] : (**بفسق شهود قتل يحملونه**) . . لكان أحسن ؛ ليتناول شبه العمد ، وقد أطلق « المنهاج » في **الشهادات** كـ« التنبيه »[٢] ، فلو كان الشاهدان من فقراء العاقلة . . **فالنص** : ردها ، أو من أباعدهم وفي الأقربين وفاء . . **فالنص** : قبولها ، فقيل : قولان فيهما ، **والمذهب** : تقريرهما ؛ لأن الغِنَىٰ غير مستبعد ، وموت القريب مستبعد ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٦٧٠] : (**ولو فقراء لا أباعد**) فإن أراد « المنهاج » : الحمل بالفعل . . ورد عليه الفقراء ، أو بالقوة . . ورد عليه الأباعد .

٤٩٥١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٧] : (**ولو شهد اثنان على اثنين بقتله ؛ فإن صدق الولي الأولين . . حكم بهما**) اعترض عليه شيخنا الإمام البلقيني : بأنه لا يتوقف الحكم بهما علىٰ تصديق الولي ؛ لصدور شهادتهما في محلها ، واستدل لذلك بقوله في « الأم » : وإن ادعوا ـ أي : الأولياء ـ شهادتهما ، فشهدا قبل أن يشهد الآخر ؛ إن قبلت شهادتهما ، وجعلت المشهود عليهما اللذين شهدا بعد ما شهد عليهما بالقتل دافعين عن أنفسهما بشهادتهما ، وأبطلت شهادتهما[٣] .

وفي « أصل الروضة » : أنه اعترض علىٰ تصوير المسألة : بأن الشهادة لا تسمع إلا بعد تقدم دعوىٰ علىٰ معين ، وأنه أجيب عنه بجوابين ضعفهما ، وثالث قاله الجمهور : أن صورتها : أن يدعي الولي القتل علىٰ رجلين ويشهد له اثنان ، فيبادر المشهود عليهما ، فيشهدان على الشاهدين بأنهما القاتلان ، وذلك يورث ريبة للحاكم ، فيراجع الولي ويسأله احتياطاً ، ثم ذكر له تصويراً

---

(١) الحاوي (ص ٦٧٠) ، المنهاج (ص ٤٩٧) .

(٢) المنهاج (ص ٥٦٩) .

(٣) الأم (٦/١٩) .

آخر ، وهو : أن يكون المدعي وكيل الولي ، ولم يعين له أحداً ـ ويفرع **على الأصح** في التوكيل في الخصومة من غير بيان الخصم ـ فللولي الدعوىٰ على الشاهدين اللذين استشهد بهما الوكيل ، لكن لا تقبل عليهما شهادة الخصمين اللذين ادعى الوكيل عليهما ؛ للتهمة[1] .

٤٩٥٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦٦] : (**فإن شهد شاهد أنه قتله بسيف وشهد آخر أنه قتله بعصا . . فقد قيل : هو لوث ، وقيل : ليس بلوث**) **الأصح** : الثاني ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٨٦] : (**لا إن تكاذب شاهدان بآلة وزمنٍ ووصفٍ**) و« المنهاج » فقال [ص ٤٩٨] : (**ولو اختلف شاهدان في زمان أو مكان أو آلة أو هيئَة . . لغت ، وقيل : لوث**) ومقتضاه : أن المرجوح وجه ، والذي في كلام الرافعي ثلاث طرق : القطع باللوث[2] ، والقطع بعدمه ، والأعدل قولان ، **أصحهما** علىٰ ما في الكتاب و« التهذيب » : **ليس بلوث** ، وعبارة « الروضة » : لا يكون لوثاً على **المذهب**[3] .

* * *

---

(١) الروضة (١٠/ ٣٥ ، ٣٦) .

(٢) فتح العزيز (١١/ ٦٥) ، وانظر « الوجيز » (٢/ ١٦٢) ، و« التهذيب » (٧/ ٢٥٧) .

(٣) الروضة (١٠/ ٣٩) .

كتاب البغاة

٤٩٥٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٩] : (**هم مخالفو الإمام**) و« الحاوي » [ص ٥٨٠] : (**فرقة خالفت الإمام**) و« التنبيه » [ص ٢٢٩] : (**إذا خرج على الإمام طائفة**) قيده في « الروضة » وأصلها بإمام العدل ، ويؤخذ ذلك من تعريفه[١] ، وكذا قيده الشافعي في « الأم » و« المختصر »[٢] ، لكن في « الكفاية » عن القفال : أنه لا فرق في ذلك بين العادل والجائر ، ويوافقه قول النووي في « شرح مسلم » : إن الخروج عليهم وقتالهم حرام بإجماع المسلمين وإن كانوا فسقة ظالمين[٣] .

وادعاء الإجماع مردود ؛ لخروج الحسين علىٰ يزيد بن معاوية ، وابن الزبير علىٰ عبد الملك بن مروان ، ومع كل منهما خلق كثير من السلف ، **والمختار** : التفصيل بين أن يمكن خلع الجائر بلا حرب كثير ولا فتنة عظيمة ، فيجوز ، بل يجب ، وبين ألاَّ يمكن ذلك إلا بحرب كثير وفتنة عظيمة ، ففيه توقف ، ومال شيخنا الإمام البلقيني في هـٰذه الحالة الثانية إلىٰ أنه إن كانت المفاسد الصادرة منه ومن أتباعه تربو على الفتنة . . ففيه احتمال ، **والأرجح** : جواز الخروج عليه ، بل استحبابه ، وإن كانت المفسدة في الفتنة والحرب أعظم . . فيقوى الاحتمال هنا ، وعلى **الأرجح** : **الأولىٰ** ألاَّ يفعل .

٤٩٥٤ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٩] : (**بخروج عليه وترك الانقياد أو منع حق توجه عليهم**) تفصيل لمخالفته وبيان لها ؛ فالمخالفة بأحد أمرين : إما الخروج عليه ، وهو الذي عبر « التنبيه » عنه بقوله [ص ٢٢٩] : (**ورامت خلعه**) وإما منع حق من غير خلع له ، وقد ذكره « التنبيه » بقوله [ص ٢٢٩] : (**أو منعت الزكاة أو حقاً توجه عليها**) وهو من ذكر العام بعد الخاص ، ولكون هـٰذا الكلام ليس فيه احتراز عن شيء ولا زيادة قيد لم يذكره « الحاوي » .

وأورد شيخنا الإمام البلقيني أن من صور البغاة التي لم تتناولها عبارتهم : الفرقتين من المؤمنين اللتين اقتتلتا فأصلح بينهما المؤمنون غيرهما ثم بغت إحداهما على الأخرىٰ ، وقد نص عليها الشافعي في « الأم » و« المختصر »[٤] .

قلت : قد اندرجت هـٰذه الصورة في مخالفة الإمام ؛ فإن من الأمور التي يحمل الإمام الناس

---

(١) فتح العزيز (١١/٦٩) ، الروضة (١٠/٥٠) .

(٢) الأم (٤/٢١٦) ، مختصر المزني (ص ٢٥٦) .

(٣) شرح مسلم (١٢/٢٢٩) .

(٤) الأم (٤/٢١٤) ، مختصر المزني (ص ٢٥٥) .

عليها ألاَّ يمكن أحداً من سل سيفه علىٰ أحد ، واستيفاء أمور الدماء من متعلقات الإمام ليست للآحاد ، فهٰذه الفرقة وإن لم تخرج على الإمام فقد منعت حقاً توجه عليها ، وهو كف أيديهم عن إخوانهم إلا بعد الرفع للإمام ، فلا يرد ، واعتبر « التنبيه » في البغاة أن يكونوا مسلمين[(١)] ، وكذا قال « الحاوي » [ص ٥٨٠] : (**لا المرتد**) لكن قال في « التنبيه » في قتل المرتد [ص ٢٣١] : (**وإن امتنع بالحرب وأتلف . . ففيه قولان كأهل البغي**) ومقتضاه : **تصحيح** عدم الضمان في المتلف وقت الحرب ، ولم يعترضه النووي في « تصحيحه » ، وحكاه في « الروضة » عن بعضهم[(٢)] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه **المذهب المعتمد** ، لكن حكى ابن الرفعة عن الجمهور **تصحيح** الوجوب ، **وصححه** في « المهمات » ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : يخرج من كلام الرافعي ثلاث طرق : قولان ، والقطع بالتضمين وعدمه ، ومن كلام غيره طريق رابع ، وهي : أن فيهم قولين غير قولي البغاة ، **وأصحهما** : الضمان ، وإذا قلنا : إنهم كالبغاة . . فليس ذلك مطلقاً ، وإنما هو بالنسبة إلىٰ ضمان الإتلاف ، وأيضاً فإن المرتدين لا تأويل لهم .

٤٩٥٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٩] : (**بشرط شوكة لهم**) قيدها « الحاوي » بقوله [ص ٥٨٠] : (**يمكنها مقاومته**) والظاهر أنه بيان للشوكة لا قيد فيها ، فمتىٰ لم يمكنها مقاومته . . لا يكون شوكة ؛ ولهٰذا قال شيخنا الإمام البلقيني : إن تعبير « المنهاج » لا يعرف منه المقصود ، وفي « المحرر » : (أن يكون لهم عدد وشوكة بحيث يحتاج الإمام في ردهم إلى الطاعة إلىٰ عدد من الرجال ونصب قتال)[(٣)] ، ولم يصرح « التنبيه » بهٰذه اللفظة ، بل اكتفىٰ بقوله [ص ٢٢٩] : (**وامتنعوا بالحرب**) ، والمقصود لا يختلف ، ولم يعتبر « التنبيه » غير ذلك ، وزاد « المنهاج » [ص ٤٩٩] : (**أن يكون لهم تأويل**) لكنه ذكر بعد ذلك أنه إذا لم يكن لهم تأويل . . فهم كالبغاة[(٤)] .

وفي « أصل الروضة » : أن في ضمان ما أتلفوه طريقين :

أحدهما : الوجوب قطعاً ، **وأصحهما** : طرد القولين كالباغي[(٥)] ، وقيد « الحاوي » التأويل بأن يكون باطلاً ظناً[(٦)] ؛ ليخرج المقطوع ببطلانه ؛ كالمرتد ومانع حق الشرع والخوارج ، والمراد : الحق المقطوع به كالزكاة اليوم ؛ فإن المانع لها معاند لا تأويل له .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : الذي يظهر من كلام الشافعي إطلاق التأويل ، وهو **الأرجح** .

---

(١) التنبيه (ص ٢٢٩) .
(٢) الروضة (١٠/٥٧) .
(٣) المحرر (ص ٤٢٢) .
(٤) المنهاج (ص ٤٩٩) .
(٥) الروضة (١٠/٥٦ ، ٥٧) .
(٦) الحاوي (ص ٥٨٠) .

٤٩٥٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٩] و« الحاوي » [ص ٥٨٠] : (**ومطاع فيهم**) حكاه الرافعي عن الإمام أنه قال : يجب القطع بأن الشوكة لا تحصل إذا لم يكن لهم متبوع مطاع ؛ فإن رجال النجدة وإن كثروا . . فلا قوة لهم ولا شوكة إذا لم يصدروا ولم يجتمعوا علىٰ رأي . انتهىٰ[١] .

ومقتضاه : أن المطاع شرط لحصول الشوكة ، وليس شرطاً آخر غير الشوكة .

٤٩٥٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٩] : (**قيل : وإمام منصوب**) يقتضي أنه وجه ، وقيل : إنه قول ، وعبارة « أصل الروضة » : وجهان ، ويقال : قولان ، **أصحهما عند الأكثرين** : لا يشترط[٢] ، وأسقط من كلام الرافعي : **أن الجديد** : الاشتراط ، وإليه ميل صاحبي « التهذيب » و« التتمة »[٣] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ذكر الشافعي الإمام مرة ، وسكت عنه أخرىٰ ، وهو عندنا محمول علىٰ أن الفرقة التي تريد خلعه لا بد فيها من إمام ، والتي تمنع حقاً لا يحتاج فيها لإمام ، ولم أر من حرره كذلك .

٤٩٥٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٩] : (**ولو أظهر قومٌ رَأْيَ الخوارج ـ كترك الجماعات وتكفير ذي كبيرة ـ ولم يقاتلوا . . تركوا ، وإلا . . فقطاع طريق**) أي : وإن قاتلوا . . فقطاع طريق ، وهو مفهوم قول « التنبيه » [ص ٢٣٠] : (**وإن أظهر قوم رأي الخوارج ولم يتعرضوا لذلك بحرب . . لم يتعرض لهم**) ويوافقه إطلاق « الحاوي » أن الخوارج ليسوا بغاة[٤] .

ويرد على الحالة الأولىٰ : أن القاضي الحسين نقل عن الأصحاب : أنه إنما لا يتعرض لهم إذا لم يكن على المسلمين ضرر منهم ، وإلا . . فيتعرض لهم حتىٰ يزيل ذلك عن المسلمين ، وعلى الحالة الثانية : أن شيخنا الإمام البلقيني قال : إن كونهم قطاع طريق انفرد به البغوي والمتولي[٥] ، وهو طريق حكاه القاضي حسين ، **ومذهب الشافعي** أن الخوارج إذا تأولوا وقامت لهم الشوكة ونصبوا إماماً ولم نجعلهم مرتدين وقاتلوا . . أن لهم حكم البغاة ، وكلامه في « الأم » و« المختصر » يدل عليه[٦] ، وجرىٰ عليه الشيخ أبو حامد وأتباعه .

٤٩٥٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٠] : (**فإن ولوا قاضياً . . نفذ من حكمه ما ينفذ من حكم الجماعة**) و« الحاوي » [ص ٥٨٠] : (**وفى الشهادة والقضاء كالعدل**) محله : فيما لم يستحل

---

(١) فتح العزيز (١١/ ٨١) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/ ١٢٧) .
(٢) الروضة (١٠/ ٥٢) .
(٣) فتح العزيز (١١/ ٨١) ، وانظر « التهذيب » (٧/ ٢٧٩) .
(٤) الحاوي (ص ٥٨٠) .
(٥) انظر « التهذيب » (٧/ ٢٨٠) .
(٦) الأم (٤/ ٢١٧) ، مختصر المزني (ص ٢٥٧) .

دماءنا ، فإن استحلها . . لم تقبل شهادته ، ولم ينفذ قضاؤه ، وقد صرح بذلك « المنهاج »[١] ، والاستثناء في كلامه عائد لمسألتي الشاهد والقاضي ، وأورد عليه شيخنا الإمام البلقيني : أنه أطلق قبول شهادة البغاة ، وفصل في قضاء قاضيهم ، فجعل الاستثناء متعلقاً بالأخيرة فقط ، وهو خلاف قاعدتنا ، ويشترط أيضاً مع عدم استحلاله دماء أهل العدل : ألاَّ يكون خطابياً وهم صنف من الروافض يشهدون بالزور ويقضون به لموافقيهم ، فمتىٰ كان منهم . . لم تقبل شهادته ، ولم ينفذ قضاؤه لموافقيه ، ونازع شيخنا الإمام البلقيني في الشرط الأول ، وقال : **المذهب المعتمد** : نفوذ قضاء قاضيهم ولو كان ممن يستحل دماء أهل العدل بالتأويل ، وإنما يمتنع حكمه علىٰ أهل العدل إذا كان ممن يستحل الحكم عليهم بالباطل ؛ ليتوصل بذلك إلىٰ إراقة دم العادل وإتلاف ماله ونحوهما .

٤٩٦٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٩] : **(ويحكم بكتابه بسماع البينة في الأصح)** يقتضي أن الخلاف وجهان ، وكذا في « المحرر »[٢] ، لكن في « الروضة » وأصلها أنه قولان ، وفي « أصل الروضة » أيضاً : لو ورد من قاضي البغاة كتاب علىٰ قاضينا ولم يعلم أنه ممن يستحل دماء أهل العدل أم لا . . ففي قبوله والعمل به قولان ، حكاهما ابن كج ، قال : واختيار الشافعي منهما المنع[٣] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : محل قبول قضاء قاضيهم وكتابه في الفرقة التي خلعت الإمام ونصبت غيره ، فأما الأخرىٰ . . فلا قاضي لها ينفذ حكمه ولا يعمل بكتابه .

٤٩٦١ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : **(ولو أقاموا حداً وأخذوا زكاة وخراجاً وفرقوا سهم المرتزقة علىٰ جندهم . . صح)**[٤] قيده شيخنا الإمام البلقيني بقيدين :

أحدهما : أن محله : في إمام الفرقة الباغية ، فأما آحاد رعيته التي لم يجعل له ذلك ، أو الفرقة التي منعت واجباً عليها من غير خروج على الإمام . . فلا يقع شيء من هـٰذا الموقع بفعلها ؛ ولهـٰذا عبر [الشافعي][٥] بإمامهم[٦] .

ثانيهما : أن محله : في الزكاة ما إذا كانت غير معجلة ، أو كانت معجلة لكن استمرت شوكتهم حتىٰ وجبت ، فلو زالت شوكتهم قبل الوجوب . . لم يقع ما تعجلوه موقعه ؛ لأن وقت الوجوب لم

---

(١) المنهاج (ص ٤٩٩) .
(٢) المحرر (ص ٤٢٢) .
(٣) فتح العزيز (١١/ ٨٣) ، الروضة (١٠/ ٥٤) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٠) ، و« الحاوي » (ص ٥٨٠) ، و« المنهاج » (ص ٤٩٩) .
(٥) في (ب) ، (ج) : (الحاوي) .
(٦) انظر « الأم » (٤/ ٢٢٠) .

يكونوا أهلاً للأخذ ، قال : ولم أر من تعرض لذلك ، وقد أشار الشافعي رضي الله عنه إليه بقوله : بصدقة عامة[1] .

٤٩٦٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٠] : (**فإن ادعىٰ من عليه زكاة أنه دفع الزكاة عليهم . . قُبل قوله مع يمينه ، وقيل : يحلف مستحباً ، وقيل : يحلف واجباً**) **الأصح** : الأول ، وهو خلاف ظاهر قول « المنهاج » [ص ٥٠٠] : (**صدق بيمينه**) وينبغي حذف الواو من (**قيل**) الأولىٰ ، أو جعلها فاء ، ونص في « الأم » علىٰ أن تحليفه عند الارتياب به[2] .

٤٩٦٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٠] : (**وإن ادعىٰ من عليه خراج أنه دفعه إليهم . . فقد قيل : يقبل قوله ، وقيل : لا يقبل**) الثاني هو **الأصح** ، وعليه مشى « المنهاج »[3] ، ومحل الخلاف : في المسلم ، أما الكافر . . فلا يقبل فيه قوله كما صرح به الماوردي[4] ، ثم لا يخفىٰ أن المراد : الدفع إلىٰ إمامهم أو من فوض إمامهم إليه ذلك .

٤٩٦٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٠] : (**ويصدق في حد إلا أن يثبت ببينة ، ولا أثر له في البدن**) حكاه في « أصل الروضة » عن المتولي[5] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وهو ضعيف ؛ فإن الأثر لم يتعين أن يكون من الحد ، فلا يصدق إذا ثبت ببينة إلا أن يقيم بينة على استيفائه .

٤٩٦٥ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وما أتلفه باغ علىٰ عادل وعكسه إن لم يكن في قتال . . ضمن ، وإلا . . فلا ، وفي قول : يضمن باغ**)[6] فيه أمور :

أحدها : نازع شيخنا الإمام البلقيني في ضمان الباغي ما أتلفه على العدل في غير القتال ، وقال : إن مذهب الشافعي المنصوص عليه في كتبه : أن الذي تتلفه البغاة علىٰ أهل العدل مع قيام شوكة البغاة وتأويلهم ونصبهم الإمام من دم ومال على التأويل لا يجب عليهم ضمان شيء منه وإن لم يكن في حال القتال ، وإنما الذين يعتبر في عدم ضمانهم أن يكون الإتلاف في حال القتال هم أهل العدل أو البغاة المانعون للحق ، ثم بسط وذكر أن كلام « التنبيه » موافق له ؛ فإنه قيد إتلاف أهل العدل بحال الحرب ، ولم يقيد إتلاف أهل البغي بذلك ، لكن شارحه ابن الرفعة قيده بذلك ، وقال : لو أتلف كل من الفريقين على الآخر شيئاً في غير القتال . . ضمنوه وجهاً واحداً .

---

(١) انظر « الأم » (٤/ ٢٢٠) .
(٢) الأم (٤/ ٢٢٠) .
(٣) المنهاج (ص ٥٠٠) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/ ١٣٣ ، ١٣٤) .
(٥) الروضة (١٠/ ٥٥) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٠) ، و« الحاوي » (ص ٥٨٠) ، و« المنهاج » (ص ٤٩٩) .

ثانيها : قال الإمام : القولان فيما أتلف بسبب القتال وتولد منه هلاكه ، فلو أتلف في القتال ما ليس من ضرورة القتال . . وجب ضمانه قطعاً كالمتلف قبل القتال ، حكاه عنه في « أصل الروضة » ، وأقره[1] ، وذكر نحوه أبو الفرج الزاز في « تعليقه » ، حكاه عنه شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : إنه ظاهر ، لكنه حمله على العادل والباغي مانع الحق دون الباغي الذي خلع الإمام ونصب غيره ؛ فإنه لا ضمان عليه عنده مطلقاً كما تقدم .

ثالثها : ظاهره طرد القول بضمان الباغي في القصاص ، وهو **المصحح** في « الروضة » وأصلها[2] ، وفيه طريقة قاطعة بإسقاط القصاص ، **صححها** شيخنا الإمام البلقيني .

رابعها : يستثنىٰ من إطلاقه : ما لو أتلف الباغي على العادل بُضْع أمته بالوطء . . ففي « أصل الروضة » : أنه يلزمه الحد ، فإن أولدها . . فالولد رقيق غير نسيب ، وإن كانت مكرهة . . فهل يجب المهر ؟ قيل : فيه القولان في ضمان المال ، وقال البغوي : ينبغي أن يجب قطعاً كما لو أتلف المأخوذ بعد الانهزام[3] .

ومنع شيخنا الإمام البلقيني لزوم الحد ، وكون الولد رقيقاً غير نسيب في المتأول الذي يعتقد حل الوطء ، قال : وتخريج ذلك على القولين في ضمان المال متعقب ؛ لأن محلهما علىٰ طريقتهم فيما تلف حال القتال بمقتضى الضرورة ، ويعتبر علىٰ طريقتنا التأويل مع الشوكة . انتهىٰ .

والحق أن ذلك لا يرد ؛ لأن إتلاف البضع بالوطء لا تعلق له بالقتال ، والكلام إنما هو فيه .

٤٩٦٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٩] : (**وعكسه** ـ أي : ذو الشوكة بلا تأويل ـ **كباغ**) أي : فلا يضمن في **الأظهر** ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : انفرد به الإمام والغزالي ، وهو مخالف لنصوص الشافعي والأصحاب في الطريقين أنه ضامن كقطاع الطريق[4] .

٤٩٦٧ـ قولهما ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**ولا يقاتل البغاة حتىٰ يبعث إليهم أميناً**) إلىٰ أن قال : (**فإن أصروا . . نصحهم ثم آذنهم بالقتال**)[5] أهمل من « الروضة » وأصلها بعد النصح وقبل الإيذان بالقتال دعاءهم إلى المناظرة[6] ، وأجمل « الحاوي » ذلك بقوله [ص ٥٨٠] : (**ونُقَدِّم النذير**) .

٤٩٦٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٩٩] : (**ولا يقاتل مدبرهم ولا مثخنهم وأسيرهم**) لو قال : (لا

---

(١) الروضة (١٠/ ٥٦) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/ ١٣٦) .

(٢) فتح العزيز (١١/ ٨٦) ، الروضة (١٠/ ٥٥) .

(٣) الروضة (١٠/ ٥٦) ، وانظر « التهذيب » (٧/ ٢٨٢) .

(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ١٣١ ، ١٣٢) ، و« الوجيز » (٢/ ١٦٤) .

(٥) انظر « التنبيه » (ص ٢٢٩) ، و« المنهاج » (ص ٤٩٩) .

(٦) فتح العزيز (١١/ ٩٠) ، الروضة (١٠/ ٥٧) .

يقتل). . لكان أحسن ، وقد عبر « المحرر » في الأولىٰ بالقتال ، وفي الآخرين بالقتل[1] ، وقد يتجه في المدبر المقاتلة بخلاف المثخن والأسير ، واستعمال قاتل هنا ؛ كعاقبت اللص وطارقت النعل ونحوهما غير معروف ، والذي ورد في الأثر : « لا يتبع مدبرهم »[2] ، وفي رواية : « لا يقتل مدبرهم »[3] ، وبذلك عبر الشافعي وأصحابه[4] ، وعبارة « التنبيه » [ص ٢٢٩] : (**ولا يتبع في الحرب مدبرهم ، ولا يذفف علىٰ جريحهم**) و« الحاوي » [ص ٥٨٠] : (**ولا يَتْبَعُ المدبر**) والمراد : المدبر غير متحرف لقتال أو متحيز إلىٰ فئة قريبة ، فإن كان إلىٰ فئة بعيدة . . فلا يتبع في **الأصح** ، وقد يقال : هـٰذا ليس بمدبر ، وكما لا يقتل مدبرهم لا يقتل من ألقىٰ سلاحه وأعرض عن القتال ، وقد يفهم من منع قتل هـٰؤلاء وجوب القصاص بقتلهم ، وفي الرافعي في قتل الأسير وجهان ، **وصحح النووي** : أنه لا قصاص[5] ، ونص عليه في « البويطي » كما حكاه الروياني في « البحر » .

٤٩٦٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٩] : (**وإن أسر منهم رجلاً . . حبسه إلىٰ أن تنقضي الحرب**) اعتبر في « المنهاج » مع انقضاء الحرب تفرق جمعهم[6] ، وزاد « الحاوي » علىٰ ذلك : أن يؤمن اجتماعهم ولا يتوقع عودهم فقال [ص ٥٨٠] : (**إن أُمِنْ**) وفي ذلك وجهان ، وعبارة « أصل الروضة » : فإن توقع عودهم . . ففي الإطلاق الوجهان السابقان ؛ أي : فيما لو بطلت شوكتهم في الحال ولم يؤمن اجتماعهم في المال[7] ، **ورجح شيخنا الإمام البلقيني** أنه لا يطلق حتىٰ يؤمن اجتماعهم أخذاً بالاحتياط ، قال : ويدل له ما ذكروه في رد السلاح والخيل من اعتبار أمن غائلتهم بعودهم إلى الطاعة أو تفرق شملهم ، وقال الرافعي هنا : وهو وقت إطلاق الأسرىٰ[8] ، وأسقطه في « الروضة » ، وهو صريح في أن وقتهما واحد .

٤٩٧٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٠] : (**وإن أسر امرأة أو صبياً . . خلاه على المنصوص ، وقيل : يحبس**) **الأصح** : حبسهما أيضاً إلى انقضاء الحرب ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٥٨١] : (**وغيراً كالنساء بعد الحرب**) وهو الذي في « المحرر » و« الروضة » وأصلها[9] ، لكن خالف في « المنهاج » فجعلهما كغيرهما في أنه لا يكتفىٰ في إطلاقهما بانقضاء الحرب ، بل لا بد من تفرق

---

(١) المحرر (ص ٤٢٣) .
(٢) أخرجه الحاكم (٢٦٦٢) ، والبيهقي في « الكبرىٰ » (١٦٥٣٢) .
(٣) أخرجه البيهقي في « الكبرىٰ » (١٦٥٢٣) .
(٤) انظر « الأم » (٤/٢١٦) .
(٥) فتح العزيز (١١/٩١) ، الروضة (١٠/٥٨) .
(٦) المنهاج (ص ٤٩٩) .
(٧) الروضة (١٠/٥٩) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (١١/٩٢) .
(٩) المحرر (ص ٤٢٣) ، فتح العزيز (١١/٩١) ، الروضة (١٠/٥٩) .

جمعهم[1] ، ثم ظاهر عبارة « التنبيه » : أن العبد البالغ كالحر ، وأن المراهق كغيره من الصبيان ، لكن في « أصل الروضة » : أطلق جماعة أن العبيد والمراهقين كالنساء ، وقال الإمام والمتولي : إن كان يجيء منهم قتال . . فهم كالرجال في الحبس والإطلاق ، وهـٰذا حسن[2] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وما استحسنه مخالف لمقتضىٰ نص الشافعي في تسوية العبيد والمراهقين إذا لم يقاتلوا بالنساء . انتهىٰ .

ثم لا يخفىٰ أن محل الحبس فيمن لم يطع باختياره ، وقد صرح به « المنهاج »[3] ، وأن الصبي والمرأة إذا قاتلا . . التحقا بالرجال ؛ ولهـٰذا عبر « الحاوي » [ص ٥٨٠ ، ٥٨١] بـ (**أهل القتال وغيرهم**) .

٤٩٧١ـ قول « الحاوي » [ص ٥٨٠] : (**كردِّ السلاح والخيل بلا استعمال إن أُمن**) محل منع الاستعمال في غير الضرورة ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٥٠٠] : (**ولا يُستعمل في قتال إلا لضرورة**) لكنه يفهم منع استعماله في غير القتال ولو لضرورة ، وفيه نظر ، وفي « أصل الروضة » تشبيه ذلك بأكل مال الغير لضرورة[4] ، ومقتضاه : لزوم أجرة الاستعمال على المستعمل .

٤٩٧٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٠] : (**ولا يقاتلهم بما يعم ؛ كالمنجنيق والنار إلا لضرورة**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٥٠٠] : (**بعظيم**) لأنه لا يلزم من كونه عظيماً أن يعم ، وعبارة « أصل الروضة » : **بما يعم** ويعظم أثره[5] ، وهـٰذا مراد « المنهاج » بالعظم ، وفسر « المنهاج » الضرورة فقال [ص ٥٠٠] : (**بأن قاتلوا به أو أحاطوا بنا**) وفي كلا الصورتين نظر ، أما الأولىٰ : فلا يكفي قتالهم به حتىٰ ينضم إليه تعذر دفعهم بغيره ؛ كالانتقال إلىٰ موضع آخر ، وإليه أشار في « أصل الروضة » بقوله : واحتجنا إلى المقاتلة بمثلها دفعاً[6] ، وأما الثانية : فلا بد مع الإحاطة بنا إلى الاضطرار إلىٰ ذلك لخوف الاصطدام ؛ ولهـٰذا قال في « الروضة » : أحاطوا بنا واضطررنا إلى الرمي بالنار ونحوها[7] ، وعبارة الشافعي : (أو يحيطون به فيخاف الاصطدام علىٰ من معه)[8] ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٥٨١] : (**ويقاتل بالمنجنيق والنار إن خيف الاصطدام**) ولم يذكر

---

(١) المنهاج (ص ٤٩٩) .
(٢) الروضة (١٠/٥٩) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/١٤٦ ، ١٤٧) .
(٣) المنهاج (ص ٤٩٩) .
(٤) الروضة (١٠/٥٩) .
(٥) الروضة (١٠/٥٩) .
(٦) الروضة (١٠/٥٩ ، ٦٠) .
(٧) الروضة (١٠/٦٠) .
(٨) انظر « الأم » (٤/٢١٩) .

الأولىٰ ؛ لدخولها في الثانية بالشرط المتقدم ، فالمدار حينئذ علىٰ خوف الاصطدام خاصة، والله أعلم .

وعبارتهم تقتضي منع قتالهم بالعام بلا ضرورة ، لكن عبارة الشافعي : (أَحَبُّ إليّ أن يتوقّىٰ ذلك منهم ما لم تكن ضرورة)[1] ، ومقتضاها : الجواز ، إلا أنه فرض ذلك في المتحصنين ، فالذين هم في صحراء يحرم قتالهم بعام ، ذكره شيخنا الإمام البلقيني ، وفيه نظر ؛ فالمتحصنون أولىٰ بالمنع ؛ لأنه لا يمكنهم الهرب ، بخلاف الذين في صحراء ، والله أعلم .

٤٩٧٣ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : **(ولا يستعان عليهم بمن يرىٰ قتلهم مدبرين)**[2] يستثنىٰ منه : ما لو احتاج إلى الاستعانة بهم . . فيجوز بشرطين :

أحدهما : أن يكون فيهم جرأة وإقدام .

والثاني : أن يتمكن من منعهم لو اتبعوه ، كذا في « الروضة » وأصلها[3] ، وفي « تعليق القاضي حسين » عن الأصحاب عن الشافعي : التفصيل بين أن يكون بالإمام قوة تضبطهم أم لا ، فاقتضىٰ علىٰ شرط واحد ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : الذي نص عليه في « الأم » اعتبار القوة للإمام ، وألاَّ يوجد غيرهم يكفي كفايتهم ، وأن يكونوا أَجْرَأ في قتالهم من غيرهم . انتهىٰ .

وزاد الماوردي : اشتراط أن يثق بما شرط عليهم ألاَّ يتبعوا مدبراً ، ولا يقتلوا جريحاً[4] ، والاستعانة عند عدم الحاجة غير جائزة كما في « الروضة » وأصلها[5] ، لكن عبارة الشافعي : (ولا أحب أن يقاتلهم) مع تعبيره في الاستعانة بالكافر بعدم الجواز[6] .

٤٩٧٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٠] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٥٨١] : **(ولو استعانوا علينا بأهل حرب وأمّنوهم . . لم ينفذ أمانهم علينا ، ونفذ عليهم في الأصح)** المراد : أمّنوهم علىٰ أن يقاتلونا معهم ، فلو أمنوهم أولاً . . صح الأمان علينا أيضاً ، فإذا استعانوا بهم علينا . . انتقض أمانهم علينا ، نص عليه .

ويستثنىٰ من عدم نفوذ الأمان : ما إذا قالوا : ظننا أنه يجوز لنا أن نعين بعض المسلمين علىٰ بعض ، أو أنهم المحقون ، أو أنهم استعانوا بنا في قتال كفار . . **فالأصح** في « أصل الروضة » : أنا

---

(١) انظر « الأم » (٤/٢١٩) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٠) ، و« الحاوي » (ص ٥٨١) ، و« المنهاج » (ص ٥٠٠) .
(٣) فتح العزيز (١١/٩٣) ، الروضة (١٠/٦٠) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/١٣٠) .
(٥) فتح العزيز (١١/٩٣) ، الروضة (١٠/٦٠) .
(٦) انظر « الأم » (٤/٢١٩) .

نبلغهم المأمن ونقاتلهم قتال البغاة، ولا نتعرض لهم مدبرين[1]؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٥٨١] : (وإن ظنها المحقة . . نترك المدبر) لكن يشترط مع ظنها المحقة : أن يقولوا : وظننا أن لنا إعانة المحق ؛ ذكره الرافعي ، وأهمله في « الروضة »[2] .

٤٩٧٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٠] : (**ولو أعانهم أهل الذمة عالمين بتحريم قتالنا . . انتقض عهدهم ، أو مكرهين . . فلا ، وكذا إن قالوا : « ظننا جوازه » أو « أنهم محقون » على المذهب ، ويُقَاتَلون كبغاةٍ**) فيه أمور :

أحدها : أن قوله : (**انتقض عهدهم**) وقول « الحاوي » [ص ٥٨١] : (**بطل**) يقتضي انتقاضه مطلقاً حتىٰ في حق أهل البغي ، وهو الذي ذكره البغوي وغيره[3] ، وفي « البيان » : أنه ينبغي أن يكون في انتقاضه في حق البغاة الخلاف في أهل الحرب[4] ، لكنا نقول : كان الأمان هناك خاصاً ابتداءً بأهل البغي . . فنفذ عليهم خاصة ، والذمة هنا كانت مطلقة . . فانتقضت مطلقاً .

ثانيها : أن قوله : (**عالمين بتحريمه**) احترز به عما ذكره آخراً من قولهم : (« **ظننا جوازه** » **أو** « **أنهم محقون** ») ويخالفه قول « الحاوي » [ص ٥٨١] : (**وإن جهل الحق**) لكنه عقبه بقوله : (**إن لم يبد عذراً**) وحمله من تكلم عليه علىٰ قولهم : (« **ظننا جوازه** » **أو** « **أنهم محقون** ») وهـٰذه هي صورة جهل الحق ، فكيف اجتمع هـٰذان الكلامان المتناقضان ؟ ينبغي النظر في هـٰذا .

ثالثها : عبارته تقتضي أنه لا خلاف في أن المكره لا ينتقض عهده ، وليس كذلك ، بل فيه الطريقان ، وعبارة « الروضة » فيه : وإن قالوا : كنا مكرهين . . لم ينتقض **على المذهب**[5] ، فكان ينبغي لـ« المنهاج » الجمع بين هـٰذه المسألة والتي بعدها بعبارة واحدة .

رابعها : أن تعبيره بقوله : (**أو مكرهين**) مع قوله في التي بعدها : (**قالوا** : **ظننا**) وتعبير « الحاوي » بقوله [ص ٥٨١] : (**وإن أكره . . فكهي**) أي : كالباغية ، مع قوله في الأخرىٰ : (**إن لم يبد عذراً**) يقتضي ثبوت الإكراه ، وليس كذلك ، بل يكفي ذكرهم ذلك .

خامسها : قوله : (**ويقاتلون كبغاة**) قد يفهم أنهم لا يضمنون ما أتلفوه في حال القتال كالبغاة ، وليس كذلك ، وأقوىٰ من ذلك في هـٰذا الإيهام قول « الحاوي » [ص ٥٨١] : (**وإن أكره . . فكهي**) لأن « المنهاج » صرح بأن تشبيههم بالبغاة في قتالهم ، وضمان الإتلاف شيء آخر ، بخلاف

---

(١) الروضة (١٠/٦١) .
(٢) فتح العزيز (١١/٩٤) .
(٣) انظر « التهذيب » (٧/٢٨٥) .
(٤) البيان (١٢/٣٢) .
(٥) الروضة (١٠/٦١) .

« الحاوي » فإنه أطلق تشبيه المكره بالباغي ، فالظاهر منه استواء جميع الأمور في ذلك ، وهل يجب عليهم القصاص ؟ فيه وجهان بلا ترجيح في « الروضة » وأصلها[1] ، وصحح شيخنا الإمام البلقيني الوجوب ، وقال : إنه ظاهر نص الشافعي رحمه الله .

٤٩٧٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٢٩] : (**ويتجنب قتل ذي رحمه**) قال في « الكفاية » : إلا أن يقصد المحرم قتله . . فلا يكره إذ ذاك قتله .

* * *

---

(١) فتح العزيز (١١/ ٩٥) ، الروضة (١٠/ ٦٢) .

باب أدب السلطان

٤٩٧٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٩] : **(وينبغي أن يكون الإمام ذكراً بالغاً عاقلاً عدلاً عالماً بالأحكام الشرعية كافياً لما يتولاه من أمر الرعية وأعباء الأمة وأن يكون من قريش)** فيه أمور :

أحدها : أن المراد : اشتراط ذلك كما صرح به « المنهاج »[١] ، ودل عليه كلام « الحاوي »[٢] ، وصرح به « التنبيه » بعد ذلك في قوله [ص ٢٤٩] : **(فإن اختل شرط من ذلك . . لم تصح التولية)** .

ثانيها : أهمل « المنهاج » اشتراط العدالة ، وذكرها « الحاوي » بقوله [ص ٦٥٨] : **(أهل للشهادات)** ، ولا يقال : إن « التنبيه » و« الحاوي » أهملا ذكر الإسلام ؛ فقد دخل في العدالة ، فلو فعل « المنهاج » كما فعلا من اشتراط العدالة وإهمال التصريح بالإسلام لدخوله تحت العدالة . . لكان أولىٰ ، وقد يقال : دل علىٰ ذلك بقوله بعده : **(وباستيلاء جامع الشروط ، وكذا فاسق)**[٣] فإنه يدل علىٰ أن العدالة من الشروط ، وقد يقال : لا يدل علىٰ ذلك ؛ لدلالة اعتبار العدالة علىٰ أنه لا يصح ولاية المستور ، ولا تدل عبارة « المنهاج » هـٰذه علىٰ ذلك .

ثالثها : المراد العلم بالأحكام الشرعية بالاجتهاد كما صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[٤] .

رابعها : دخل في « الكفاية » لما يتولاه الشجاعة والرأي والسمع والبصر والنطق ، وقد صرح به « المنهاج »[٥] ، ودخلت في قول « الحاوي » أيضاً [ص ٦٥٨] : **(كاف)** وإن كان قد جمع في هـٰذه اللفظة بين كفاية القضاء وكفاية الإمامة ؛ فالمراد بهما فيهما مختلف ؛ فالشجاعة معتبرة في الإمامة دون القضاء ، فالتصريح بذكرها أولىٰ ، وقد يقال : دخل في تعبير « التنبيه » و« الحاوي » اشتراط سلامته من نقص يمنع استيفاء الحركة وسرعة النهوض ؛ لأنه لا كفاية بدون ذلك ، **وهو الأصح في** « أصل الروضة »[٦] ، ولم يدخل ذلك في تفصيل « المنهاج » ، وفي « الروضة » من زيادته : إن ضعف البصر إن منع معرفة الأشخاص . . منع انعقاد الإمامة واستدامتها ، وإلا . . فلا[٧] ؛ فقد يورد ذلك عليهم ، وقد يقال : لا يرد ؛ لأنه بمنزلة فاقد البصر .

---

(١) المنهاج (ص ٥٠٠) .
(٢) الحاوي (ص ٦٥٨) .
(٣) المنهاج (ص ٥٠٠) .
(٤) الحاوي (ص ٦٥٨) ، المنهاج (ص ٥٠٠) .
(٥) المنهاج (ص ٥٠٠) .
(٦) الروضة (١٠/ ٤٢) .
(٧) الروضة (١٠/ ٤٢) .

خامسها : اشتراط كونه قرشياً ذكره « المنهاج » أيضاً[1] ، وأهمله « الحاوي » ، ومحله : عند وجود قرشي مستجمع للشروط ، وإلا . . فكنابي ، فإن لم يوجد . . فرجل من ولد إسماعيل عليه السلام ، فإن لم يوجد . . ففي « التهذيب » : أنه يولىٰ رجل من العجم ، وفي « التتمة » : أنه يولىٰ جرهمي ، وجرهم أصل العرب ، فإن لم يوجد . . فرجل من ولد إسحاق عليه السلام[2] .

٤٩٧٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٩] : (وإن زال شيء من ذلك بعد التولية . . **بطلت ولايته**) يستثنىٰ منه : الفسق ، فلا تبطل ولايته بطروه ، وعليه مشى « الحاوي »[3] ، وأشار إليه « التنبيه » في دفع الزكاة إلى الإمام الجائر[4] .

٤٩٧٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٨ ، ٢٤٩] : (**ولا تنعقد الإمامة إلا بتولية الإمام قبله أو باجتماع جماعة من أهل الاجتهاد على التولية**) فيه أمور :

أحدها : يرد علىٰ حصره في الأمرين ثالث ، وهو : الشوكة ، وقد ذكره « المنهاج » فقال [ص ٥٠٠] : (**واستيلاء جامع الشروط ، وكذا فاسق وجاهل في الأصح**) قال الشيخ عز الدين في « القواعد » : لو استولى الكفار علىٰ إقليم ، فولوا القضاء رجلاً مسلماً . . فالذي يظهر انعقاده ، قال : ولو ابتلينا بولاية امرأة أو صبي فولىٰ قاضياً . . ففي نفوذه وقفة[5] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إن العبد أولىٰ بانعقاد الولاية له بالشوكة من الفاسق ، قال : والأخبار الصحيحة تقتضي انعقادها لعبد يقود الناس بكتاب الله تعالىٰ ، قال : ولو قامت الشوكة لامرأة . . فالظاهر أنه ينعقد ما يصدر منها ؛ للضرورة .

ثانيها : عبر ابن يونس في « النبيه » بدل قوله : (بتولية الإمام قبله) : (بعهده) قال في « التنويه » : لأنها توهم أن الثاني يكون إماماً في الحال تنفذ أحكامه فيمن ولاه ، وليس كذلك ، فالمراد : أن يعقد له في حياته الخلافة بعده ، ويشترط قبول المعهود إليه ، **والأصح** : أن وقت قبوله ما بين عهد الخليفة وموته ، كذا في « الروضة »[6] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ينبغي أن يكون **الأصح** : اعتبار القبول على الفور ، وليس هـٰذا كالإيصاء ، ولو شبه بالإيصاء . . فلا يكون قبوله إلا بعد الموت علىٰ ما رجح في الوصاية . انتهىٰ .

---

(١) المنهاج (ص ٥٠٠) .
(٢) انظر « الروضة » (١٠/ ٤٢) .
(٣) الحاوي (ص ٦٥٩) .
(٤) التنبيه (ص ٦٢) .
(٥) قواعد الأحكام في إصلاح الأنام (١/ ١٢١ ، ١٢٢) .
(٦) الروضة (١٠/ ٤٥) .

ولو أوصىٰ إليه بالإمامة . . فوجهان بلا ترجيح في « الروضة »[1] ؛ لأنه بالموت خرج عن الولاية ، فلا يصح منه تولية غيره ، واستشكله الرافعي بالوصي[2] .

ثالثها : أن عبارته تقتضي الاكتفاء ببعض أهل الاجتهاد ، وليس كذلك ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » : (**والأصح : بيعة أهل الحل والعقد من العلماء والرؤساء ووجوه الناس الذين يتيسر اجتماعهم ، وشرطهم صفة الشهود**) والمراد : أهل الحل والعقد بذلك البلد ، ولا يشترط ذلك في جميع البلاد ، بل إذا بويع لواحد ببلد . . وجب علىٰ من بلغه الخبر الطاعة ، وذكر الماوردي أنه يشترط فيهم أيضاً العلم والرأي ، قال النووي : وهو كما قال[3] .

فإن قلت : قد قال أولاً : من العلماء .

قلت : (من) البيانية إذا دخلت علىٰ أشياء . . يختلف اعتبار اجتماعها بحسب الحال ، وهنا لا يعتبر لنا الأمر فيه على التيسير .

رابعها : مقتضىٰ كلامهما : اعتبار عدد ، وفي « أصل الروضة » : إنه لا يعتبر ، حتىٰ لو تعلق الحل والعقد بواحد مطاع . . كفت بيعته ؛ لانعقاد الإمامة[4] .

خامسها : يشترط مع ذلك : الإشهاد على البيعة إن كان العاقد واحداً دون ما إذا كان جمعاً ، كما **صححه** في « الروضة » من زيادته ، وفي « الإرشاد » لإمام الحرمين : قال أصحابنا : يشترط حضور الشهود ؛ لئلا يُدَّعَىٰ عقد سابق ؛ ولأن الإمامة ليست دون النكاح ، لكن اختيار الإمام انعقادها بواحد[5] .

٤٩٨٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٩] : (**وإن عقد لهما معاً أو لم يعلم الأول منهما . . استؤنفت التولية**) قد يفهم جواز استئناف تولية ثالث ، **والأصح** من زيادة « الروضة » : منعه .

٤٩٨١ـ قوله : (**ولا يتخذ حاجباً ولا بواباً**)[6] محله : في وقت انتصابه للحكم ، أما في أوقات الخلوة . . فلا كراهة فيه ، وكذا عند الزحمة أيضاً .

٤٩٨٢ـ قوله : (**وينظر في أموال الفيء والخراج والجزية**)[7] هما نوعان من الفيء ، وعطفهما عليه يوهم خلاف ذلك .

---

(١) الروضة (١٠/ ٤٤) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٧٣) .

(٣) انظر « الروضة » (١٠/ ٤٣) .

(٤) الروضة (١٠/ ٤٣) .

(٥) الروضة (١٠/ ٤٣) .

(٦) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٩) .

(٧) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٩) .

٤٩٨٣ـ قوله : (**ويصرف ذلك في الأهم فالأهم من المصالح** . . . إلىٰ آخره)[1] **الأصح** : صرف الفيء لأجناد المسلمين ، والذي للمصالح هو خمس الخمس كما ذكره في (قسم الفيء)[2] .

* * *

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٩) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٥) .

كتاب الردة

٤٩٨٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠١] : (**هي : قطع الإسلام بنيةٍ أو قولِ كفرٍ أو فعلٍ ، سواء قاله استهزاءً أو عناداً أو اعتقاداً**) فيه أمور :

أحدها : أن قوله (بنية) ليس في « المحرر » و« الروضة » و« الشرحين » و« الحاوي » ، وذكره ليدخل في الضابط العزم على الكفر في المستقبل ؛ فإنه كفر في الحال .

ثانيها : كان ينبغي تأخير ذكر القول عن الفعل كما في « الحاوي »(1) لأن التقسيم فيه .

ثالثها : تعبيره بـ (أو) في قوله : (**أو عناداً أو اعتقاداً**) أحسن من تعبير « الحاوي » بـ (الواو)(2) لأن أحدها كاف ، وأورد شيخنا الإمام البلقيني عليهما أموراً :

أحدها : أن عبارتهما لا تتناول كفر المنافق ؛ فإنه لم يسبق له إسلام صحيح .

ثانيها : أن ذلك لا يتوقف علىٰ قطعه الإسلام بنفسه ، فولد المرتدين المنعقد في ردتهما **صحح النووي** : أنه مرتدٌ إذا لم يكن له أصل مسلم(3) ، لكن سيأتي **تصحيح** أنه مسلم .

ثالثها : أن المنتقل من كفر إلىٰ كفر حكمه حكم المرتد في أنه لا يقبل منه إلا الإسلام ، فإن لم يفعل . . قتل .

٤٩٨٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠١] : (**أو أحل مُحَرَّماً بالإجماع وعكسه ، أو نفىٰ وجوب مجمعٍ عليه ، أو عكسه**) و« الحاوي » [ص ٥٨٢] : (**وجحد مجمع**) كذا أطلقه الرافعي(4) ، وقيده النووي في « الروضة » بأن يعلم من دين الإسلام ضرورة ، وإن لم يكن فيه نص في **الأصح**(5) ، يخالف ما لو لم يعرفه إلا الخواص ، ولو كان فيه نص ؛ كاستحقاق بنت الابن السدس مع بنت الصلب ، وتحريم نكاح المعتدة ؛ فإنه لا يكفر بجحده ، ونازعه شيخنا الإمام البلقيني في التمثيل بنكاح المعتدة ؛ لشهرته ، وقال شيخنا أيضاً : ينبغي أن يقول : بلا تأويل ؛ ليخرج البغاة والخوارج الذين يستحلون دماء أهل العدل وأموالهم ، ويعتقدون تحريم دمائهم علىٰ أهل العدل ، والذين أنكروا وجوب الزكاة عليهم بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتأويل ؛ فإن الصحابة رضي الله عنهم لم

---

(1) الحاوي (ص ٥٨٢) .
(2) الحاوي (ص ٥٨٢) .
(3) انظر « الروضة » (١٠/٧٧) .
(4) انظر « فتح العزيز » (١١/٩٨) .
(5) الروضة (١٠/٦٥) .

يكفروهم ، قال البارزي : ويشترط أن يكون ممن لا يجوز أن يخفىٰ عليه ذلك الحكم كما لو كان قريب العهد بالإسلام ؛ فإنه لا يكفر .

وأجيب عن ذلك : بأن لفظ الجحد في عبارة « الحاوي » يخرجه[1] ؛ فإنه في اللغة : إنكار شيء سبق الاعتراف به .

٤٩٨٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠١] : (**ولو ارتد فجن . . لم يقتل في جنونه**) يستثنىٰ منه : ما إذا استتيب قبل جنونه فلم يتب وجن . . فإنه لا يحرم قتله ، ولا يقال : خرجت هـٰذه الصورة بإتيانه بالفاء الدالة على التعقيب في قوله : (**فجن**) لأن الظاهر أنه إنما قصد بذلك الاختصار ؛ بدليل تعبيره في « المحرر » و« الروضة » وأصلها بـ (ثم)[2] ، قال البغوي : وهـٰذا احتياط ، فلو قتل . . فهدر[3] .

قال في « المهمات » : وظاهره الاستحباب ، وهو غير مستقيم ؛ فإن **تصحيح** وجوب الاستتابة ينفيه .

٤٩٨٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣١] : (**وتصح ردة السكران ، وقيل : فيه قولان**) **صحح** في « الروضة » وأصلها طريقة القولين[4] ، **وأصحهما** : الصحة ، وقول « المنهاج » [ص ٥٠١] : (**والمذهب : صحة ردة السكران**) لا يدل علىٰ ترجيح طريقة القطع ، وإنما يدل علىٰ أن في المسألة طريقين أو طرقاً من غير بيان **الراجح** منها .

٤٩٨٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠١] : (**وتقبل شهادة بردة مطلقاً ، وقيل : يجب التفصيل**) و« الحاوي » [ص ٥٨٢] : (**ويُقبل مطلق شهادة الردة**) فيه أمور :

أحدها : قال في « المهمات » : المعروف وجوب التفصيل ، صرح به القفال والماوردي والغزالي وصاحبا « المهذب » و« البيان » والشاشي وابن أبي عصرون ، وهو مقتضىٰ كلام القاضي أبي الطيب[5] ، وأجاب الرافعي في تعارض البينتين بنحوه[6] ؛ ويؤيده أن **الأصح** : أن الشهادة على الجرح لا تقبل إلا مفسرة ، والإخبار بتنجيس الماء لا **يقبل** من غير الفقيه الموافق إلا مع بيان السبب ، وأن الأكثرين علىٰ أن الشهادة على الرضاع لا تقبل إلا مع التعرض للشرائط . انتهىٰ .

وصححه أيضاً السبكي ، ومال إليه الشيخ برهان الدين بن الفركاح ، وقال شيخنا الإمام

---

(١) الحاوي (ص ٥٨٢) .
(٢) المحرر (ص ٤٢٥) ، فتح العزيز (١١/ ١٠٧) ، الروضة (١٠/ ٧١) .
(٣) انظر « التهذيب » (٧/ ٢٩٥) .
(٤) فتح العزيز (١١/ ١٠٧) ، الروضة (١٠/ ٧١) .
(٥) الحاوي الكبير (١٣/ ١٧٧) ، الوجيز (٢/ ١٦٥) ، المهذب (٢/ ٢٢١) ، البيان (١٢/ ٤٢) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (١١/ ١٠٨ ، ١٠٩) .

البلقيني : إن الخلاف الذي خرج الإمام عليه هـٰذا وهو الخلاف في اشتراط تفصيل الشهادة في (البيع) ونحوه لا يعرف ، قال : والتخريج غير صحيح ، والأصل المخرج عليه ليس بثابت .

ثانيها : قال شيخنا الإمام البلقيني : محل الخلاف في الشهادة بالردة عن الإيمان ، فلو شهدا بأنه ارتد ولم يقولا : عن الإيمان ؛ أو كفر ولم يقولا : بالله . . فلا تقبل هـٰذه الشهادة قطعاً ، قال : وقد قاتل الصديق رضي الله عنه أهل الردة ، وهم ضربان : ضرب ارتدوا عن الإيمان ، وضرب ارتدوا عن أداء الواجب عليهم ، وأطلق الناس على الجميع أهل الردة ، ونص الشافعي علىٰ ذلك ، وقال : (هو لسان عربي ، فالردة : الارتداد عما كانوا عليه بالكفر ، والارتداد بمنع الحق ، ومن رجع عن شيء . . جاز أن يقال : ارتد عن كذا)[1] .

ثالثها : استثنىٰ شيخنا أيضاً من محل الخلاف : ما إذا كان الشاهدان من الخوارج الذين يكفرون بارتكاب الكبائر ، فلا تقبل شهادتهما إلا مفصلة قطعاً .

رابعها : كذا حكى « المنهاج » الخلاف وجهين ، وهو في « الروضة » قولان[2] ، قال في « المهمات » : وهما مخرجان ، فلا اعتراض عليه ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : ليس في المسألة قولان ولا وجهان إلا من تخريج الإمام الذي لا يصح ، والمسألة مقطوع فيها بوجوب التفصيل ، وهو **المعتمد** الذي لا يجوز غيره .

٤٩٨٩ـ قوله : (**فعلى الأول : لو شهدوا بردة فأنكر . . حُكِمَ بالشهادة**)[3] لا يختص هـٰذا التفريع بالأول ، بل يأتي على الوجه الثاني إذا فصّلا وأنكر ، وكان ينبغي أن يقول : (لو شهدا) بالتثنية بدل الجمع .

٤٩٩٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣١] : (**وأما المكره : فلا تصح ردته ، وكذا الأسير في يد الكفار**) قال ابن الرفعة : أي : مقيداً أو محبوساً ، قال : وهـٰذا ما حكاه الرافعي عن النص[4] ، لكن في كلام الأصحاب ما يقتضي خلافه ؛ فإنهم قالوا فيمن شهد بردته : إن ادعى الإكراه وشهدت له قرينة الحال بأنه كان في أسر الكفار أو محفوفاً بجماعة منهم وهو مستشعر . . صدق بيمينه ، وإلا ؛ بأن كان في دار الإسلام أو في دار الحرب وهو آمن . . لم يقبل قوله ، قال : وهـٰذا يقتضي أن محل عدم الحكم بردته : إذا ادعى الإكراه مع كونه في أيدي الكفار ، أما قبل الدعوىٰ واليمين . . فلا . انتهىٰ .

وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٥٠١] : (**ولو قال : « كنت مكرهاً » واقتضته قرينةٌ كأسر**

---

(١) انظر « الأم » (٤/٢١٥) .

(٢) الروضة (١٠/٧٢) .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٠١) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (١١/١٠٩) .

كفار . . **صُدق بيمينه ، وإلا . . فلا)** وعبر عنه شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » بلفظ الصواب ، فقال : **الصواب** صحة ردة الأسير في يد الكفار علىٰ عكس ما في « التنبيه » ، إلا أن يدعي إكراهاً . . ففي « الروضة » : أنه يسمع ، وممن أنكر كلام الشيخ ابن الرفعة أيضاً[1] ، واعترض النشائي على التعبير في ذلك بالصواب ؛ لأن الرافعي مع قوله : وفيما سقناه دلالة بينة علىٰ أنه لو شهدوا بالردة على الأسير ولم يدع الإكراه . . يحكم بردته ، أشار إلىٰ حكاية وجه عن القفال[2] ، وحمل في « التوشيح » كلام « التنبيه » علىٰ أن المراد : عدم الحكم بردته ظاهراً لا باطناً ، وظن أن ذلك يخلصه من دفع الإيراد ، وليس كذلك ؛ لأنا لا نحكم به في الظاهر إلا بعد دعواه وحلفه عليه كما تقدم ، والله أعلم .

٤٩٩١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠١] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٥٨٢] : **(ولو قالا : « لَفَظَ لَفْظَ كفرٍ » فادعىٰ إكراهاً . . صدق مطلقاً)** أي : بدون قرينة علىٰ ذلك ، حكاه في « الروضة » وأصلها عن الشيخ أبي محمد وأنهم تابعوه[3] ، قال شيخنا الإمام البلقيني : وهو متعقب ، وقد حكيا بعده عن النص : أنه لو شهد الشهود علىٰ أنه تلفظ بالكفر وهو محبوس أو مقيد . . لم يحكم بكفره ، وإن لم يتعرض الشهود للإكراه[4] ، وهـٰذا يرد كلام أبي محمد ، قال : وفي « أصل الروضة » في الإكراه في الطلاق : أنه لو تلفظ بالطلاق ثم قال : كنت مكرهاً وأنكرت . . لم يقبل قوله ، إلا أن يكون محبوساً أو كان هناك قرينة أخرىٰ[5] ، قال : ولذلك نقول هنا : إنه لا بد من قرينة الإكراه إذا وقعت الشهادة عليه بالتلفظ بالكفر ، ثم لا يخفىٰ أن المراد : تصديقه بيمينه كالتي قبلها .

٤٩٩٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠١] : **(ولو مات معروف بالإسلام عن ابنين مسلمين فقال أحدهما : « ارتد فمات كافراً » فإن بيّن سبب كفره . . لم يرثه ونصيبه فيء ، وكذا إن أطلق في الأظهر)** هو معنىٰ قول « الحاوي » [ص ٥٨٣] : **(ونصيب من قال : « مات أبونا كافراً » فيء)** وتبعا في هـٰذا التصحيح « المحرر »[6] ، لكن **الأظهر** في « الروضة » و« الشرح الصغير » وكذا في « الكبير » ثم قال : هـٰكذا نقله صاحب الكتاب : أنه يستفصل ، فإن ذكر ما هو كفر . . كان فيئاً ،

---

(١) تذكرة النبيه (٣/ ٤٤٢) ، وانظر « الروضة » (١٠/ ٧٣ ، ٧٤) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١١/ ١٠٩) ، و« نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٧٦ ، ١٧٧) .
(٣) فتح العزيز (١١/ ١٠٩) ، الروضة (١٠/ ٧٣) .
(٤) فتح العزيز (١١/ ١٠٩) ، الروضة (١٠/ ٧٣) .
(٥) الروضة (٨/ ٦١) .
(٦) المحرر (ص ٤٢٥) .

وإن ذكر ما ليس بكفر . . صرف إليه[1] ، وأسقط الرافعي تتمة هـٰذا القول من كلام الغزالي ، وهي : أنه إذا لم يفسَّر . . يوقف ، وحمل صاحب « التعليقة » والبارزي كلام « الحاوي » علىٰ ما إذا بيّن السبب ولو بعد الاستفصال ، **والأظهر** : أنه لو قال مات كافراً لأنه كان يشرب الخمر ويأكل الخنزير . . ورثه .

٤٩٩٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣١] : (**ومن ارتد عن الإسلام . . استحب أن يستتاب في أحد القولين ، ويجب في الآخر**) **الأظهر** : الوجوب ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[2] ، ودخل في إطلاقهم الاستتابة في حالة السكر ، وهو الذي صححه الماوردي والروياني[3] .

٤٩٩٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣١] : (**وفي مدة الاستتابة قولان**) أي : سواء قلنا : يجب أو يستحب ، وتصحيح كونها في الحال هو في « التنبيه » ، وعليه مشى « المنهاج »[4] و« الحاوي » فقال [ص ٥٨٢] : (**بلا مهلٍ**) .

٤٩٩٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٢] : (**فإن أصرَّا . . قُتلا**) و« التنبيه » [ص ٢٣١] : (**فإن أقام على الردة . . وجب قتله**) مقتضاه : أنه لو قال : لي شبهة فأزيلوها . . لم يلتفت لكلامه ، وهو **الأصح** عند الغزالي[5] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٥٨٢] : (**بلا مناظرة ، يُسلِمُ وتُحَلُّ شبهته**) وحكى الروياني عن النص مناظرته ، كذا في الرافعي[6] ، وعكسه في « الروضة » ، فجعل **الأصح** عند الغزالي : المناظرة ، والمحكي عن النص عدمها[7] ، واختار السبكي المناظرة ما لم يظهر منه التسويف والمماطلة .

٤٩٩٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣١] : (**فإن كان حراً . . لم يقتله إلا الإمام**) كذا نائبه في ذلك .

نعم ؛ إن قاتل في منعة . . قال الماوردي : جاز أن يقتله كل من قدر عليه كالحربي[8] .

٤٩٩٧ـ قوله : (**وإن قتله غيره بغير إذنه . . عزر**)[9] محله : ما إذا لم يكافئه ، فإن قتله مثله . . **فالمذهب** : وجوب القصاص .

٤٩٩٨ـ قوله : (**وإن قتله إنسان ثم قامت البينة أنه كان قد رجع إلى الإسلام . . ففيه قولان** ،

---

(١) فتح العزيز (١١/١١١) ، الروضة (١٠/٧٤) .
(٢) الحاوي (ص ٥٨٢) ، المنهاج (ص ٥٠٢) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/١٧٦ ، ١٧٧) .
(٤) المنهاج (ص ٥٠٢) .
(٥) انظر « الوجيز » (٢/١٦٥) .
(٦) فتح العزيز (١١/١١٦ ، ١١٧) .
(٧) الروضة (١٠/٧٦ ، ٧٧) .
(٨) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/٤٤٧) .
(٩) انظر « التنبيه » (ص ٢٣١) .

أحدهما : **يجب عليه القود** ، والثاني : **لا يجب إلا الدية**)[1] **الأظهر** : الأول ، وقد تقدم ذلك في أول (الجنايات) .

٤٩٩٩ـ قوله : (**وإن كان عبداً . . فقد قيل : يجوز للسيد قتله ، وقيل : لا يجوز**)[2] **الأصح** : الأول ، وحكى القاضي حسين الثاني عن الأصحاب ، وضعفه القاضي أبو الطيب .

٥٠٠٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٢] : (**فإن أسلم . . صح وتُرِك**) كان ينبغي أن يقول : (أسلما) أي : المرتد والمرتدة كما فعل في قوله : (**فإن أصرّا . . قتلا**)[3] .

٥٠٠١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣١] : (**وإن تكرر منه ثم أسلم . . عُزِّر**) نص عليه الشافعي رحمه الله تعالىٰ ، إلا أني أرىٰ إذا فعل هـٰذا مرة بعد أخرىٰ . . أن يعزر ، ومقتضاه : أنه لا يعزر بفعله مرة واحدة ، وقد حكى ابن يونس الإجماع عليه ، فلا يغتر بمن يفعله من القضاة .

٥٠٠٢ـ قول « الحاوي » في قاذف نبيٍّ [ص ٥٨٢] : (**ولا شيء إن أسلم**) قاله أبو إسحاق ، **ورجحه** في « الوجيز » ، وأقره في « التعليقة » ، قال : حتىٰ لو كان القذف بما يوجب الحد . . لا يجب ، وقال الفارسي : يقتل حداً ، وقال الصيدلاني : يجلد ثمانين ، ولو عرّض بالقذف . . فهو كالصريح ، قاله الإمام وغيره .

٥٠٠٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣١] : (**وإن علقت منه كافرة بولد في حال الردة . . فهو كافر**) حكى الرافعي عن البغوي : أنه **صحح** أنه مسلم[4] ، وأطلق تصحيحه في « المحرر »[5] ، وعليه مشى « الحاوي »[6] ، **وصححه** في « أصل الروضة » ، ثم قال من زيادته : كذا **صححه** البغوي ، فتابعه الرافعي ، **والصحيح** : أنه كافر ، وبه قطع جميع العراقيين ، ونقل القاضي أبو الطيب : أنه لا خلاف فيه ، وإنما الخلاف في أنه أصلي أو مرتد ، **والأظهر** : أنه مرتد . انتهىٰ[7] .

ويرد عليه أن الرافعي لم يصححه من عند نفسه ، وإنما حكاه عن البغوي ، فهو كما قال في « المهمات » : يختصر ويتصرف ، ثم ينسىٰ فيستدرك ، وعبارة « المنهاج » [ص ٥٠٢] : (**الأظهر : مرتد ، ونقل العراقيون الاتفاق علىٰ كفره**) وهو مخالف لما في « الروضة » فإن الذي فيها كما تقدم : أن ناقل الاتفاق أبو الطيب ، وأما غيره فقاطع به .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٣١) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٣١) .
(٣) المنهاج (ص ٥٠٢) .
(٤) فتح العزيز (١١/ ١٢١) ، وانظر « التهذيب » (٧/ ٢٩٣) .
(٥) المحرر (ص ٤٢٦) .
(٦) الحاوي (ص ٥٨٢) .
(٧) الروضة (١٠/ ٧٧) .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ما قال : إنه **الأظهر** ليس بمعتمد ؛ لأن الولد إذا انعقد من الكافرين الأصليين وله جد مسلم . . يجعل مسلماً تبعاً لجده ، فلأن يتبع حالة أبويه في الإسلام التي كانت قبل الردة أولىٰ ، وتبعية الأبوين في غير الإسلام إنما تكون في كفر أصلي ، والتبعية في الردة ضعيفة أو محالة ، وقد حكم النبي صلى الله عليه وسلم بأن كل مولود يولد على الفطرة[1] ، لم يخرج من ذلك إلا مولود الأبوين الكافرين الأصليين ، فبقي ولد المرتدين على الفطرة ، فوجب أن يكون مسلماً ، قال : ونصوص الشافعي رضي الله عنه قاضية بذلك ، ثم بسطه ، ثم قال : فوجب القول علىٰ مذهب الشافعي بأنه مسلم ، وبطل القول بأنه كافر أصلي ؛ لنصه في جميع كتبه علىٰ أنه لا يسبىٰ ، والذين أثبتوا هـٰذا القول قالوا : إنه يسبىٰ ، ولم يصح القول بأنه مرتد . انتهىٰ .

واعلم : أن « التنبيه » فرض المسألة فيما إذا كانت الأم كافرة[2] ، و« المهذب » فيما إذا كانت ذمية[3] ، و« المنهاج » فيما إذا كانت مرتدة أيضاً[4] ، وقد يفهم منه : أنها لو كانت أصلية . . لا يكون الحكم كذلك ، وقد سوىٰ في « البيان » بينهما[5] ، وقال البغوي : لو كان أحدهما مرتداً والآخر أصلياً ؛ فإن قلنا في المرتدين : إنه مسلم . . فكذا هنا ، وإن قلنا : مرتداً وأصلي . . فهو هنا أصلي يقر بالجزية إن كان الأصلي يقر بها[6] .

٥٠٠٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣١] : (**وفي استرقاق هـٰذا الولد قولان**) هما مبنيان علىٰ صفة كفره ، فإن قلنا : أصلي . . جاز استرقاقه ، وجوز الإمام عقد الجزية له إذا بلغ[7] ، ومنعه البغوي وغيره[8] ، وإن قلنا : مرتداً . . لم يسترق ، ولا يقتل حتىٰ يبلغ فيستتاب ، فإن أصر . . قتل ، **والأصح** : أنه مرتد كما تقدم ، وأنكر شيخنا الإمام البلقيني القول بأنه كافر أصلي كما تقدم .

٥٠٠٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣١] : (**وإن ارتد وله مال . . فقد قيل : فيه قولان ، أحدهما : أنه باق علىٰ ملكه ، والثاني : أنه موقوف ؛ فإن رجع إلى الإسلام . . حكم بأنه له ، وإن لم يرجع . . حكم بأنه قد زال بالردة ، وقيل : فيه قول ثالث : أنه يزول بنفس الردة**) **الأصح** : طريقة إثبات الأقوال الثلاثة ، وعليه مشى « المنهاج »[9] ، **وأصحها** : الوقف ، وعليه مشى « المنهاج » تبعاً

---

(١) انظر « صحيح البخاري » (١٢٩٢) ، (١٢٩٣) ، و« صحيح مسلم » (٢٦٥٨) .
(٢) التنبيه (ص ٢٣١) .
(٣) المهذب (٢/٢٢٣) .
(٤) المنهاج (ص ٥٠٢) .
(٥) البيان (١٢/٥٩) .
(٦) انظر « التهذيب » (٧/٢٩٤) .
(٧) انظر « نهاية المطلب » (١٧/١٧٥) .
(٨) انظر « التهذيب » (٧/٢٩٣) .
(٩) المحرر (ص ٤٢٦) .

لـ« المحرر »[1] ، **وصححه النووي** في « أصل الروضة » و« التصحيح »[2] ، مع أن الرافعي في « شرحيه » لم ينقل تصحيحه إلا عن البغوي فقط[3] ، وقال في (كتاب التدبير) : إن بعضهم روىٰ عن الشافعي أنه قال : **أشبه الأقوال بالصحة** : زوال الملك بنفس الردة ، وبه أقول[4] ، وفي « الشرح الصغير » للرافعي في الكتابة : أن الأشبه على الجملة : بطلانها .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وهـٰذا فيه ترجيح الزوال ، وهو الذي **صححناه** ، وهو الذي قال الشافعي : إنه **أشبه الأقوال بأن يكون صحيحاً** ، وأنه به نقول ، وعليه ينطبق كلام الشيخ أبي حامد في (التدبير) ، **وصححه** في « المهذب »[5] ، **وصحح** المزني والماوردي : بقاء ملكه[6] ، قال شيخنا : والذي تلخص لنا من مجموع متفرقات كلام الشافعي رضي الله عنه أن علىٰ قول زوال الملك يبقىٰ له فيه حق وعلق ، وتجب الزكاة إن رجع إلى الإسلام ، ويستوي مع قول الوقف في هـٰذا ، وأن علىٰ قول بقائه تصرفاته نافذة ما لم يحجر عليه الحاكم ، وتجب الزكاة إن لم يعد للإسلام ، وإن شئت قلت : يعطىٰ في النفقات والغرامات حكم الباقي قطعاً ، وفي منع التصرف بعد الحجر حكم الزائل قطعاً ، وفي بقاء الملك مجرداً عما ذكر ثلاثة أقوال ، وفي الزكاة قولان :

أحدهما : يجب .

والثاني : إن عاد إلى الإسلام. . وجبت علىٰ قول زوال الملك والوقف ، وإن لم يعد. . لم يجب ؛ لأنه ليس زوالاً إلىٰ ذمي معين ؛ ولهـٰذا لم ينص الشافعي علىٰ أن الزكاة لا تجب مطلقاً ، قال : ولم أر من حرر هـٰذا علىٰ ما حررته .

٥٠٠٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٢] : (**والأصح : يلزمه غُرْمُ إتلافه فيها ، ونفقة زوجاتٍ وُقِفَ نكاحهن وقريبٍ**) فرع الوجهين في « الروضة » علىٰ قول الزوال[7] ، وظاهره الجزم به علىٰ قول البقاء ، وهو واضح ، وفي تعبيره **بالأصح** نظر ؛ فقد نص علىٰ ذلك في « الأم » و« المختصر »[8] .

٥٠٠٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣١] : (**وأما تصرفه. . ففيه ثلاثة أقوال ، أحدها : ينفذ ، والثاني : لا ينفذ ، والثالث : إنه موقوف) الأصح** : وقف ما يحتمل الوقف وبطلان ما لا يحتمله ، وعليه

---

(١) المنهاج (ص ٥٠٢) .

(٢) الروضة (١٠/٧٨) ، تصحيح التنبيه (٢/١٩٧) .

(٣) فتح العزيز (١١/١٢٢) .

(٤) فتح العزيز (١٣/٤١٦) .

(٥) المهذب (٢/٢٢٣) .

(٦) انظر « مختصر المزني » (ص ٢٦٠) ، و« الحاوي الكبير » (١٣/١٦٠) .

(٧) الروضة (١٠/٧٩) .

(٨) الأم (٦/١٦١) ، مختصر المزني (ص ٢٦٠) .

مشى « الحاوي » فقال [ص ٥٨٢] : (**ويبطل تصرف لا يوقف**) و« المنهاج » فقال [ص ٥٠٢] : (**وإذا وقفنا ملكه . . فتصرفه إن احتمل الوقف كعتقٍ وتدبيرٍ ووصيةٍ موقوفٌ ؛ إن أسلم . . نفذ ، وإلا . . فلا ، وبيعه وهبته ورهنه وكتابته باطلةٌ**) وفيه أمور :

أحدها : نازع شيخنا الإمام البلقيني في أن ملك المرتد يوقف ، وإن قاله جمع من الأصحاب ، **ورجح** : أن مراد الشافعي به : وقف الحاكم له تحت يد عدل ، وبه قال آخرون .

ثانيها : كلام « المنهاج » في وصية صدرت منه حال الردة ، فلو أوصىٰ قبل ردته بشيء ومات على الردة . . فقال شيخنا الإمام البلقيني : الذي تقتضيه القواعد : أن وصيته لا تنفذ ، ولم أر من صرح به ، وقد ذكرته في « التدريب » في الوصية .

ثالثها : **رجح** شيخنا الإمام البلقيني وقف الكتابة علىٰ قول الوقف وفاقاً لما في « الشرحين » في الكتابة[١] ، خلافاً لما فيهما في الردة ، وفي « المحرر » و« المنهاج » في الموضعين[٢] ، وذكر الرافعي : أنه وقف تَبَيُّن ، ونازعه شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : إنما هو وقف صحة ، وقال : إن الكتابة مشتملة على العتق ؛ فهي كالخلع المشتمل على الطلاق ، وخلع المرتد بعد الدخول موقوف خلافاً للمتولي .

٥٠٠٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٢] : (**وعلى الأقوال : يُجعل ماله مع عدل ، وأمته عند امرأة ثقة**) قال شيخنا الإمام البلقيني : لم يصرح فيه بالمقصود علىٰ قول بقاء الملك ، وهو ضرب الحجر عليه كما نص الشافعي رضي الله عنه ، ولا يحصل المقصود بمجرد الوضع . انتهىٰ .

وفي « المهذب » : أنا إذا قلنا : بزوال ملكه . . نزعنا المال من يده ، ووضعناه في بيت المال ، وصرفناه مصارف الفيء ، ولا يوقف علىٰ نهاية أمره[٣] .

٥٠٠٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣١] : (**وإن ارتد إلىٰ دين يزعم أهله أن محمداً صلى الله عليه وسلم مبعوث إلى العرب . . لم يصح إسلامه حتىٰ يأتي بالشهادتين ويبرأ من كل دين خالف الإسلام**) يقوم مقام براءته من كل دين يخالف الإسلام شهادته أن محمداً رسول الله إلىٰ جميع الخلق كما حكاه الرافعي عن البغوي ، وأقره[٤] .

٥٠١٠ـ قوله : (**وإن امتنع بالحرب وأتلف . . ففيه قولان كأهل البغي**)[٥] مقتضاه : **تصحيح** عدم الضمان ، **وصححه** شيخنا الإمام البلقيني ، لكن حكى ابن الرفعة عن الجمهور **تصحيح**

---

(١) فتح العزيز (١٣/ ٤٦١) .
(٢) المحرر (ص ٤٢٦) ، المنهاج (ص ٥٠٢) .
(٣) المهذب (٢/ ٢٢٣) .
(٤) فتح العزيز (١١/ ١١٧) ، وانظر « التهذيب » (٧/ ٢٩٧) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ٢٣١) .

الضمان ، وصححه في « المهمات » ، وقد تقدم في قتال أهل البغي .

٥٠١١ـ قوله : (**وإن أقام وارثه بيّنة أنه صلىٰ بعد الردة ؛ فإن كانت الصلاة في دار الإسلام . . لم يحكم بإسلامه**)[١] هو مفهوم قول « الحاوي » [ص ٥٨٣] : (**وطوعاً وصلىٰ ثم حُكم بدينه**) ومحله كما استدركه النووي في « الروضة » : ما إذا لم تسمع منه صيغة الشهادة ، فإن سمعناها منه . . كان إسلاماً مطلقاً[٢] .

٥٠١٢ـ قول « الحاوي » [ص ٥٨٣] : (**لا الأصليّ**) أي : لا يحكم بإسلامه بصلاته في دار الحرب ، هٰذا **هو الصحيح** ، لكن حكى المتولي عن نص الشافعي : الحكم به كالمرتد ، وذهب إليه القاضي أبو الطيب ، وقال المحاملي : يحكم به في الظاهر ، فإن ادعىٰ خلافه . . رجعنا إليه ، ومحل عدم الحكم بإسلامه : إذا لم يسمع منه صيغة الشهادة كما تقدم .

٥٠١٣ـ قوله : (**وإن ارتد أسير كرهاً ، فأفلت ولم يجدد ؛ إن عُرِضَ . . كُفِّرَ**)[٣] عرض الإسلام عليه أطلقه الأصحاب ، وقيده ابن كج بما إذا كان معرضاً عن الطاعات والجماعات ، وصرح بأن العرض المذكور مستحب ، ووقع في « التعليقة » أنه واجب ، والحكم بكفره من يوم العرض ، وللإمام فيه احتمال[٤] .

* * *

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٣١) .
(٢) الروضة (١٠/ ٧٥) .
(٣) انظر « الحاوي » (ص ٥٨٣) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ١٧٣) .

كتاب الزنا

٥٠١٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٣] : (**إيلاج الذكر بفرج محرّم لعينه خالٍ عن الشبهة مشتهىً . . يوجب الحد**) و« الحاوي » [ص ٥٨٤] : (**بإيلاج فرج في فرج محرم لعينِهِ مشتهىً بلا ملك وظنه وتحليل عالم** . . . إلىٰ آخره) يرد عليه أمور :

أحدها : المراد : إيلاج الحشفة إن وجدت ، وإلا . . فقدرها من مقطوعها ، قال شيخنا الإمام البلقيني : فلو ثنىٰ ذكره وأولج قدر الحشفة . . ففي ترتيب الأحكام عليه توقف ، **والأرجح** : الترتب إن أمكن .

ثانيها : أن عبارتهما تتناول إيلاج المرأة ؛ كاستدخالها ذكر نائم ، فينبغي أن يقولا : (إيلاج ذكر آدمي) ليخرج استدخالها ذكر بهيمة ؛ فلا حد به .

ثالثها : ويشترط أيضاً كونه متصلاً ؛ ليخرج المقطوع ، وأصلياً ؛ ليخرج الزائد ، ومحلِّلاً ؛ ليخرج ما لا يمكن انتشاره ، أورده شيخنا الإمام البلقيني ، وقد يخرج ذلك بقولهما : (**مشتهىً**) .

رابعها : يستثنىٰ من الشبهة : جارية بيت المال بوطئها ؛ لأنه يستحق فيه النفقة دون الإعفاف ، ذكره في « أصل الروضة » في (السير)[١] ، قال شيخنا الإمام البلقيني : قد تكون جارية بيت المال من سهم المصالح . . ففيه الوجهان في وطء جارية من الخمس أو قبل إفراز الخمس ، **والأصح** فيها أيضاً : وجوب الحد .

خامسها : أنه يدخل في قول « الحاوي » : (**وظنه**) أي : ظن الملك ، ما لو ظن **ملك** بعضها بالشركة ، وفيه تردد للإمام ، حكاه الرافعي من غير ترجيح[٢] ، وزاد في « الروضة » : أن الظاهر الجاري على القواعد وجوب الحد[٣] ؛ لغلبة الحرمة ، فكان من حقه الامتناع ، وكذا في « المطلب » : أنه الظاهر .

لكن في « المهمات » : أن **الصحيح** : عدم الوجوب كما لو سرق مال غيره علىٰ ظن أنه لأبيه أو ابنه ، أو أن الحرز ملكه . . فإن **الأصح** في « أصل الروضة » : أنه لا حد فيها[٤] ، قال : وهي نظير مسألتنا إن لم تكن إياها ، وقد اعتبر هنا أمراً نعتقده نحن مسقطاً ، بخلاف ما إذا علم التحريم واعتقد

---

(١) الروضة (١٠/ ٢٧٣) .

(٢) فتح العزيز (١١/ ١٤٦ ، ١٤٧) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٢٠٦) .

(٣) الروضة (١٠/ ٩٥) .

(٤) الروضة (١٠/ ١٢٠ ، ١٢١) .

عدم الحد ، أو سرق دنانير يظنها فلوساً ؛ فإنه اعتقد أمراً نعتقده موجباً ، وكذا قال شيخنا الإمام البلقيني : ظاهر نص « المختصر » يشهد لعدم الحد ؛ حيث قال في الصداق : (إلا أن تكون أمة فيطأها قبل الدخول ، ويقول : كنت أراها لا تملك إلا نصفها حتىٰ يدخل ، فيقوم عليه الولد يوم سقط ، ويلحق به ، ولها مهر مثلها عليه)[1] ، قال شيخنا : فجعل اعتقاد أن له شركة بالنصف ينفي عنه حكم الغاصب ، ويثبت عليه المهر وقيمة الولد ، وذلك يقتضي إسقاط الحد .

٥٠١٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤١] : (**ومن لاط وهو من أهل حد الزنا . . ففيه قولان : أحدهما : يجب عليه الرجم ، والثاني : يجب عليه الرجم إن كان محصناً ، والجلد والتغريب إن لم يكن محصناً**) **الأظهر** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[2] ، فهو داخل في ضابطهما المتقدم ، وذكره « المنهاج » بعد ذلك أيضاً فقال [ص ٥٠٣] : (**ودبر ذكر وأنثىٰ كقبل على المذهب**) ويرد عليه أمور :

أحدها : أنه يستثنىٰ منه : دبر زوجته أو مملوكته ؛ فإن الواجب فيه التعزير فقط **على المذهب** ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٥٨٤] : (**لا الزوجة والمملوكة**) وقد يفهم ذلك من قول « المنهاج » [ص ٥٠٣] : (**وكذا كل جهة أباح بها عالم**) .

ثانيها : أن مسألة اللواط ذات قولين كما تقدم ، فمن أين جاء التعبير بالمذهب ؟ ولعل ذلك ؛ لأجل قول ثالث اختلفوا في إثباته ، وهو : التعزير فقط ، وأسقطه في « الروضة » ، وفي ذلك بُعْد .

ثالثها : أن الدبر ليس كالقبل بالنسبة إلى المفعول به ، فالمفعول به إنما يجلد ويغرب ولو كان محصناً ، سواء كان رجلاً أو امرأة ، وهـٰذا وارد على « التنبيه » و« الحاوي » و« التصحيح » أيضاً .

٥٠١٦ـ قول « الحاوي » [ص ٥٨٤] : (**والمملوكة المحرمة بنسب**) كذلك برضاع أو مصاهرة ؛ ولهـٰذا أطلق « المنهاج » قوله [ص ٥٠٣] : (**وكذا مملوكته المحرم**) ، وقول « التنبيه » [ص ٢٤١ ، ٢٤٢] : (**وإن وطيء بملك اليمين . . ففيه قولان ، أحدهما : يحد ، والثاني : يعزر وهو الأصح**) يتناول أخته من الرضاع ، لكنه لا يشمل محرمية المصاهرة ولا بقية المحارم ؛ فعبارة « المنهاج » أشملها .

٥٠١٧ـ قول « المنهاج » [ص٥٠٣] : (**ومكره في الأظهر**) فيه أمور :

أحدها : أنها مسألة دخيلة هنا ، كان ينبغي ذكرها عند الشروط مع التكليف ونحوه ، كما قال « التنبيه » [ص ٢٤١] : (**إذا زنا البالغ العاقل المختار**) .

---

(١) مختصر المزني (ص ١٨٠) .

(٢) الحاوي (ص ٥٨٤) ، المنهاج (ص ٥٠٣) .

ثانيها : أن تعبيره بالأظهر يقتضي أن الخلاف قولان ، وكذا في « المحرر » و« الوجيز »[1] ، لكنه في « الشرحين » وجهان[2] ؛ فلهـٰذا عبر في « الروضة » **بالأصح**[3] ، وحكى الماوردي والروياني إسقاط الحد عن المكره عن مذهب الشافعي ، وإيجابه عن بعض الأصحاب[4] ، وذلك يقتضي أن الخلاف قول ووجه .

ثالثها : أن محل الخلاف : في الرجل ، أما المرأة : فلا يجب عليها الحد قطعاً .

قول « الحاوي » [ص ٥٨٤] : (**ودون ولي وشهود**) يفهم سقوط الحد مع خلو العقد عن ولي وشهود معاً ، وليس كذلك ، وإنما يسقط إذا خلا عن أحدهما فقط ؛ لشبهة أبي حنيفة في عدم اعتبار الولي ، ومالك في عدم اعتبار الشهود ، فلو عبر بـ (أو) . . لكان أولىٰ .

وكذا يرد ذلك علىٰ قول « التنبيه » [ص ٢٤٢] : (**وإن وطىء في نكاح مختلف في إباحته ؛ كالنكاح بلا ولي ولا شهود**) علىٰ أن في عبارته ما يرشد إلىٰ مراده انتفاء أحدهما فقط من وجهين :

أحدهما : قوله : (**مختلف في إباحته**) فإن المختلف في إباحته فاقد أحدهما فقط ، أما فاقد كل منهما . . فمجمع علىٰ تحريمه .

ثانيهما : قوله بعد ذلك : (**وقيل : إن وطىء في النكاح بلا ولي وهو يعتقد تحريمه . . حد**)[5] ولم يبال شيخنا الإسنوي بهاتين القرينتين ، فأورد ذلك على « التنبيه » ، وقال : (**الصواب** : وجوب الحد فيما إذا وطىء في نكاح بلا ولي ولا شهود)[6] ، واقتصر « المنهاج » على التمثيل بنكاح بلا شهود[7] ، فلا إيراد عليه ، لكن شاححه شيخنا الإمام البلقيني في قوله : (**على الصحيح**)[8] وقال : إن مقتضى المنقول : أنه لا يجب الحد في الوطء بلا شهود قطعاً ، وإن كان قوله : (**على الصحيح**) راجعاً للقاعدة . . فهو أولىٰ بالاعتراض بأنه لا خلاف فيها ولا في هـٰذا المثال ، إنما الخلاف في النكاح بلا ولي ، وقيد محل الخلاف في درء الحد بشبهة عالم بما إذا لم يحكم حاكم بإبطاله أو صحته ، فإن حكم بإبطاله وفرق بين الزوجين . . فقال الماوردي : إنهما زانيان عليهما الحد ؛ لأن شبهة العقد قد ارتفعت بحكم الحاكم بينهما بالفرقة[9] ، قال شيخنا : وإن

---

(١) الوجيز (٢/١٦٩) ، المحرر (ص ٤٢٧) .
(٢) فتح العزيز (١١/١٤٩) .
(٣) الروضة (١٠/٩٥) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/٢٤١) .
(٥) التنبيه (ص ٢٤٢) .
(٦) تذكرة النبيه (٣/٤٦٥) .
(٧) المنهاج (ص ٥٠٣) .
(٨) المنهاج (ص ٥٠٣) .
(٩) انظر « الحاوي الكبير » (٩/٤٨) .

حكم بالصحة حيث لا ينقض .. فلا حَدّ قطعاً ، قال : وهٰذا مقيد عند المحققين بأن يكون للعالم في تلك الجهة مستند متماسك .

٥٠١٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤١] : **(وإن وطىء أجنبية ميتة .. فقد قيل : يحد ، وقيل : لا يحد) الأصح** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[١] ، وتقييد « التنبيه » بالأجنبية يفهم عدم الحد إذا كانت مباحة له في حياتها بملك أو زوجية ، وكذا **صححه** النووي في « نكت الوسيط » ، لكن **صحح** في « شرح المهذب » : عدم الحد مطلقاً ، وجعل هٰذا الوجه المفصل ضعيفاً[٢] .

٥٠١٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤١] : **(وإن أتىٰ بهيمة .. ففيه قولان ؛ كاللواط ، وقيل : فيه قول ثالث : أنه يعزر) الأظهر** : هٰذا القول الثالث كما في « المنهاج »[٣] ، وقطع به بعضهم ، وعليه مشى « الحاوي »[٤] ، وقال في « المطلب » : إنه **الصحيح** عند عامة الأصحاب ، ونازعه شيخنا الإمام البلقيني في ذلك ، **وصحح** وجوب الحد ؛ فإن الشافعي رضي الله عنه نص عليه في الحدود ، وكلامه في غيره محتمل .

٥٠٢٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤١] : **(فإن كانت البهيمة تؤكل .. وجب ذبحها وأكلت ، وقيل : لا تؤكل) صحح** في « الروضة » حل أكلها[٥] ، وكذا **صححه** الإمام والبغوي وغيرهما[٦] ، وفي « المطلب » تبعاً للرافعي : أن الشيخ أبا حامد **صحح** أنها حرام[٧] ، قال شيخنا الإمام البلقيني : ولم أجد ذلك في « تعليقه » .

٥٠٢١ـ قوله : **(وإن كانت لا تؤكل .. فقد قيل : تذبح ، وقيل : لا تذبح)[٨] الأصح** : الثاني ، كذا **صححه** الرافعي والنووي[٩] ، وقال في « المطلب » : صرح الأصحاب بتصحيح عدم قتلها .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وما قاله مردود ؛ فلم يصرح الأصحاب بذلك ، قال : **والأصح** علىٰ أن الحجة بالخبر : أنها تقتل مطلقاً ، وعلىٰ أن الحجة مجرد القياس : لا تقتل مطلقاً ، قال :

---

(١) الحاوي (ص ٥٨٤) ، المنهاج (ص ٥٠٣) .
(٢) المجموع (٢/١٥٢) .
(٣) المنهاج (ص ٥٠٣) .
(٤) الحاوي (ص ٥٨٤) .
(٥) الروضة (١٠/٩٢) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (١٧/١٩٩ ، ٢٠٠) ، و« التهذيب » (٧/٣٢٤) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (١١/١٤٣) .
(٨) انظر « التنبيه » (ص ٢٤١) .
(٩) انظر « فتح العزيز » (١١/١٤٣) ، و« الروضة » (١٠/٩٢) .

وقد احتججنا بالخبر ، وحملناه على المحصن من جهة القياس ، وذلك يقتضي قتل البهيمة مطلقاً .

٥٠٢٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٣] : (**ويحد في مَحْرَمٍ وإن كان تزوجها**) أعم من قول « الحاوي » [ص ٥٨٤] : (**ونكح الأم**) .

٥٠٢٣ـ قول : « التنبيه » [ص ٢٤١] : (**إذا زنى العاقل البالغ المختار وهو مسلم أو ذمي أو مرتد . . وجب عليه الحد**) يشترط أيضاً : العلم بتحريمه ، وقد ذكره بعد ذلك فقال : (**وإن زنىٰ بامرأة وادعىٰ أنه جهل تحريم الزنا ؛ فإن كان يجوز أن يخفىٰ عليه ؛ بأن يكون قريب العهد بالإسلام أو نشأ في بادية بعيدة . . لم يحد**)[1] وخرج بجهل التحريم ما لو علمه وجهل الحد ، وقد تردد فيه الإمام ، وحكاه عنه الرافعي[2] ، وقال النووي : **الصحيح** : الجزم بوجوب الحد ، وهو المعروف في المذهب والجاري على القواعد[3] ، وجزم به الرافعي في نظيره من شرب الخمر ، وعبارة « المنهاج » [ص ٥٠٣] : (**وشرطه التكليف ـ إلا السكران ـ وعلم تحريمه**) فصرح باشتراط العلم بتحريمه ، وقد عرفت أن الجهل بذلك إنما يقبل ممن يمكن خفاؤه عليه عادة ، وفي كلامه مع ذلك أمران :

أحدهما : ما اقتضاه كلامه من أن السكران غير مكلف تقدم له نظيره في الطلاق ، وتقدم الرد عليه فيه هناك .

ثانيهما : يشترط مع ذلك أيضاً : كونه ملتزماً للأحكام ؛ ليخرج الحربي والمستأمن ، وقد ذكره « التنبيه » بقوله [ص ٢٤١] : (**وهو مسلم أو ذمي أو ومرتد**) .

٥٠٢٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٣] : (**وهو ـ أي : المحصن ـ . . . مكلف حر ولو ذمي غَيَّب حشفته بقُبُلٍ في نكاح صحيح لا فاسد في الأظهر ، والأصح : اشتراط التغييب حال حرية وتكليف**) مثل قول « الحاوي » [ص ٥٨٥] : (**المكلف الحر المصيب بعدهما بصحيح نكاح**) إلا أن تعبير «المنهاج» بتغييب حشفة بقبل أوضح من تعبير « الحاوي » بالإصابة ، وأنه يرد علىٰ تعبير «المنهاج» : إدخالها حشفته وهو نائم ، وإدخاله فيها وهي نائمة ؛ فإنه يحصل الإحصان للنائم أيضاً وإن لم يكن التغييب حالة التكليف ، ولا يرد ذلك علىٰ تعبير « الحاوي » بالإصابة ؛ لأن الإصابة في هاتين الصورتين بعد التكليف ، لكن يرد عليه : من بلغ وهو نائم ، وأصيب في حالة النوم ، أو أصاب حال الجنون الطارىء بعد التكليف ، وأنه لا معنىٰ لاشتراط « المنهاج » التكليف في الإحصان بعد اشتراطه التكليف في مطلق وجوب الحد ، بخلاف « الحاوي » فإنه لم يتقدم له ذلك .

---

(١) التنبيه (ص ٢٤٢) .

(٢) فتح العزيز (١١/ ١٥٠) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٢٠٦) .

(٣) انظر « الروضة » (١٠/ ٩٥) .

بقي أمر مشترك بينهما ، وهو : أنهما اعتبرا في المحصن كونه حراً ، ولم يعتبر ذلك « التنبيه » ، بل قال [ص ٢٤١] : (**إنه من وطىء في نكاح صحيح وهو حر بالغ عاقل**) فاعتبر الحرية حالة الإصابة لا حالة الزنا ، ومقتضاه : أنه لو أحصن ذمي ثم نقض العهد والتحق بدار الحرب واسترققناه فزنا . . أنه يحد حد المحصن ، وإن كان رقيقاً حالة رجمه ، وبذلك صرح شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : إن المراد : الحرية حالة التحصين لا حالة الزنا ، لكنه مخالف لما في « الروضة » وأصلها : أن شرط الإحصان ثلاثة : التكليف ، والحرية ، والوطء في نكاح صحيح[1] ، وحكىٰ في « الكفاية » ذلك عن القاضي أبي الطيب ، وأن الماوردي قال : إنه مذهب الشافعي ، وعليه جمهور أصحابه[2] ، ثم ألزم في « الكفاية » « التنبيه » هـٰذه الصورة ، قال : وقد صرح القاضي حسين وغيره بأن عليه جلد خمسين والتغريب إن رأيناه ؛ لأن الاعتبار في الحدود بحالة الوجوب ، قال : فيجب أن يقال : (هو : من وطىء في نكاح صحيح وهو حر بالغ عاقل في حالة الوطء وحالة الزنا) ، قال : ويدخل في ذلك ما إذا وطىء في نكاح صحيح وهو كذلك ، ثم نقض العهد واسترق ، ثم عتق فزنا . . فإنه يرجم اتفاقاً كما صرح به القاضي حسين . انتهىٰ

فما أدري من أين أخذ شيخنا ما قاله ! ولعله أراد هـٰذه الصورة التي حكىٰ في « الكفاية » فيها الاتفاق ، أو أنه زنا قبل الرق حالة كونه ذمياً محصناً حراً ، لكن ينافي الصورتين معاً قوله : (إن المراد : الحرية حالة التحصين لا حالة الزنا) ، ويختص« المنهاج »بأمور :

أحدها : أنه لو قال : (ولو ذمياً) . . لكان أولىٰ من قوله : (ذمي) لاحتياج الرفع إلىٰ تكلف ، بل لو حذف هـٰذه اللفظة . . لكان أولىٰ ؛ لأن الحربي إذا أصاب في حالة حرابته وبلوغه وعقله في أنكحتهم . . محصن وإن لم يكن ذمياً ، فلو عقدت له ذمة فزنىٰ . . رجم ؛ فالذمة شرط لإقامة الحد عليه لا لكونه محصناً .

ثانيها : أن قوله : (**لا فاسد في الأظهر**)[3] يقتضي قوة الخلاف ، وتعبير « الروضة » عنه بأنه **المشهور** وبه قطع الجمهور يقتضي ضعفه[4] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : كونه لا يحصل التحصين بالوطء في الفاسد هو المعروف في الطريقين ، ونسب القاضي حسين مقابله إلىٰ أبي ثور مذهباً له ، لا أنه نقله عن الشافعي ، ولا نعرف حكاية القولين إلا في كلام الفوراني والإمام والغزالي[5] .

---

(١) فتح العزيز (١١/ ١٣١) ، الروضة (١٠/ ٩٠) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (٩/ ٣٨٥ ، ٣٨٨) .
(٣) المنهاج (ص ٥٠٣) .
(٤) الروضة (١٠/ ٨٦) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ١٨٤) ، و« الوجيز » (٢/ ١٦٦) .

ثالثها : أن قوله : (**الأصح : اشتراط التغييب حال حرية وتكليف**)[1] يقتضي أنه وجه ، وأن مقابله قوي ، وليس كذلك فيهما ؛ فهو نص الشافعي في «الأم» و« المختصر »[2] ، ومقابله ضعيف .

رابعها : يرد عليه أن مقتضاه : أن الإصابة حال سكره لا يحصل بها التحصين ؛ لأنه غير مكلف على طريقته ، وإن كان **الراجح** خلافه كما تقدم ، لكنه ألحق السكران وإن كان غير مكلف عنده بالمكلفين في إيجاب الحد عليه ، فكذلك في التحصين .

وأورد عليهم معاً أمور :

أحدها : أن تعبيرهم لا يتناول الأنثىٰ .

وجوابه : أن المراد : الجنس ؛ فيتناولها لا سيما قول « التنبيه » [ص ٢٤١] : (**من وطىء**) فإنه شامل لهما ، وأما التذكير بعد ذلك ؛ فلمراعاة اللفظ ، إلا أن يقال : المرأة ليست واطئة ، وإنما هي موطوءة .

ثانيها : أن عبارتهم تتناول الحرية في الظاهر ؛ كاللقيط الساكن والعتيق في مرض الموت مع أنهما لا يرجمان ، والمراد : من استقرت حريتهما ، قال شيخنا الإمام البلقيني : ولم أر من تعرض لهـٰذين الفرعين ، ولا بد من التنبيه عليهما .

قلت : قد يقال : لم تتناولهما عبارتهم ؛ لأنهما ليسا محققي الحرية ، ولا بد من تحققها ؛ لأنها شرط ، وهـٰذا شأن الشروط .

ثالثها : أنه دخل في عبارتهم وطء من لا يوطأ مثلها مع عدم تمييزها ، وقد تردد في ذلك شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : **الأرجح** : أنه لا يصير به محصناً ، وكذا لو استدخلت المرأة حشفة زوجها الفطيم . . لا تصير محصنة .

قلت : كلامهم قد يخالف ذلك ؛ ففي « أصل الروضة » بعد حكاية الخلاف في إصابة الكامل الناقص : قال الإمام : هـٰذا الخلاف في صغيرة أو صغير لا يشتهيه الجنس الآخر ، فإن كان مراهقاً . . حصل قطعاً . انتهىٰ[3]

فالتي لا تشتهىٰ هي التي لا يُوطأ مثلها ، إلا أن يقال : صورة تردد الشيخ ليس في كل من لا يشتهىٰ ، بل بقيد كونه غير مميز ، ويختص كلام الإمام بوجود التمييز ، والله أعلم .

٥٠٢٥ـ قول « المنهاج » عطفاً علىٰ ما عبر فيه بالأصح [ص ٥٠٣] : (**وأن الكامل الزاني بناقصٍ محصنٌ**) فيه أمران :

---

(١) المنهاج (ص ٥٠٣) .

(٢) الأم (٤/ ٢٨٨) ، مختصر المزني (ص ٢٦١) .

(٣) الروضة (١٠/ ٨٧) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/ ١٨٤) .

أحدهما : أنه يقتضي أن الخلاف وجهان ، وكذا في « المحرر »[1] ، وهو في « الروضة » وأصلها قولان[2] .

ثانيهما : كان ينبغي أن يقول : (المصيب لناقص) لأن المراد : إذا كان أحد الزوجين في حال إصابته كاملاً ؛ أي : مكلفاً حراً ، والآخر ناقصاً ؛ أي : بخلاف ذلك . . هل يحصل الإحصان للكامل وإن لم يحصل للناقص ؟ **الأظهر** : نعم ، وأما الكامل الزاني بناقص . . لا يصير بذلك محصناً بلا شك ، والمعنىٰ واضح ، وإنما الإيراد على التعبير ، وقد قيل : إنها بالبناء ؛ أي : الدخول بدل الزاني ، وهو حسن ، وقال السبكي : هـٰذه عبارة قلقة ومقصودة ، وأن الزاني الكامل المصيب لناقصة محصن ؛ **فالوجه** في التعسف لتصحيح كلامه : أن يجعل بناقص معلقاً بالكامل علىٰ سبيل التجوز ، حكاه عنه ولده في « التوشيح » ، وقال : وما أحسن اعترافه بالتعسف في هـٰذا المحمل ، وحاصله : أن الذي يكمل بوطء في نكاح ناقص هل يكون كاملاً محصناً ؟ وهـٰذا أحسن ما حمل عليه كلامه ، وإلا . . فلا يبقىٰ له وجه .

٥٠٢٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤١] : (**إلىٰ مسافة تقصر فيها الصلاة**) و« الحاوي » [ص ٥٨٥] : (**مرحلتي جهةٍ شاء**) مقتضاه : أنه لو رأىٰ تغريبه إلىٰ ما فوق مسافة القصر . . لم يجز ، وبه قال المتولي ، إذا كان هناك موضع صالح ، لكن **الصحيح** : الجواز مطلقاً ، وبه قطع الجمهور ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٥٠٣] : (**إلىٰ مسافة قصر فما فوقها**) وقد غرب عمر رضي الله عنه إلى الشام ، وعثمان رضي الله عنه إلىٰ مصر[3] .

٥٠٢٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٣] : (**وإذا عين الإمام جهة . . فليس له طلب غيرها في الأصح**) كان ينبغي أن يقول : (لم يعدل إلىٰ غيرها) فإن له طلب غيرها قطعاً ، لكن الإمام بالخيرة في إجابته إليها ، ويرد ذلك علىٰ قول « الحاوي » [ص ٥٨٥] : (**مرحلتي جهة شاء**) واستثنىٰ شيخنا الإمام البلقيني من ذلك : ما إذا صادفنا من وجب عليه التغريب محرماً أو خارجاً لجهاد تعين عليه ، ولو غربناه إلىٰ جهة أخرىٰ فاته الحج أو الجهاد . . قال : فيجاب إذا طلب جهة قصده ، ولا يصار إلىٰ تفويت مقصده عليه ، ولا إلىٰ تأخير التغريب حتىٰ يفرغ .

٥٠٢٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٣] : (**ويغرب غريب من بلد الزنا إلىٰ غير بلده**) و« الحاوي » [ص ٥٨٥] : (**لا بلده**) كذا لا يغرب إلىٰ بلد بينه وبين بلده دون مسافة القصر ؛ فحكمها حكم بلده ، فلو لم يكن للغريب وطن ؛ بأن هاجر حربي عند إسلامه ولم يتوطن بلداً . . قال المتولي : يتوقف

---

(١) المحرر (ص ٤٢٨) .
(٢) فتح العزيز (١١/ ١٣٣) ، الروضة (١٠/ ٨٦) .
(٣) انظر « الروضة » (١٠/ ٨٨) .

الإمام حتىٰ يتوطن ثم يغربه ، حكاه عنه في « أصل الروضة » ، وأقره[١] .

وتعقبه شيخنا الإمام البلقيني وقال : يغربه من بلد الزنا كمسافر زنا في طريقه ؛ فإنه يغربه من غير أن يتوقف حتىٰ يرجع إلىٰ بلده أو يقيم في موضع ، ونازع شيخنا أيضاً في قول الرافعي والنووي : إن المسافر يغرب إلىٰ غير مقصده[٢] ، وقال : لا يحجر على الإمام في ذلك ، بل إذا رأى الإمام تغريبه في جهة مقصده . . لم يمنع من ذلك ، ولا سيما إذا كان مسافراً للحج أو للجهاد . . فلا ينبغي تفويت مقصوده ، ويكفي في التنكيل أن يمنع من العودة والتصرف في السفر يمنة ويسرة .

٥٠٢٩ـ قول « الحاوي » [ص ٥٨٥] : (**والمرأة بمحْرَم**) تبع فيه « الوجيز »[٣] ، ويرد عليه : الزوج ؛ فهو في ذلك كالمحرم ، وقد ذكره « المنهاج » فقال [ص ٥٠٤] : (**ولا تغرب امرأة وحدها في الأصح ، بل مع زوج أو مَحْرَمٍ**) وكذا النسوة الثقات كما جزموا به في الحج ، وهـٰذا أولىٰ ؛ لكونه على الفور والحج على التراخي ، وحكىٰ في « أصل الروضة » في ذلك وجهين بلا ترجيح عند أمن الطريق ، قال : وربما اكتفىٰ بعضهم بواحدة ثقة[٤] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وهو **المعتمد** تفريعاً علىٰ أنها لا تخرج وحدها ، قال : ونص الشافعي في « الأم » في باب حج المرأة والعبد صريح في الاكتفاء في الحج بالمرأة الواحدة[٥] ، وصرح به الماوردي والنووي في « شرح المهذب »[٦] ، قال : ونص في موضعين من « الأم » علىٰ تغريبها وحدها ، وأن النهي عن سفرها وحدها إنما هو فيما لا يلزمها[٧] ، قال : ولم أقف علىٰ نص للشافعي يخالفه . انتهىٰ .

ومحل ذلك مع الأمن كما قيد به الإمام والغزالي موضع الوجهين[٨] .

٥٠٣٠ـ قولهما : (**وإن كان عبداً . . فحده جلد خمسين**)[٩] لو عبرا (بمن فيه رق) ليتناول المبعض وغيره . . لكان أولىٰ ، وقد سوىٰ في ذلك بين القن والمدبر وأم الولد ، وإنما قال : (**لا المكاتب وحر البعض**)[١٠] لأجل أن السيد لا يقيم الحد عليهما ، وكلامه فيه ، وأما بالنسبة إلىٰ

---

(١) الروضة (١٠/ ٨٩) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١١/ ١٣٧) ، و« الروضة » (١٠/ ٨٩) .
(٣) الوجيز (٢/ ١٦٧) .
(٤) الروضة (١٠/ ٨٧) .
(٥) الأم (٢/ ١١٧) .
(٦) الحاوي الكبير (٤/ ٣٦٣) ، المجموع (٧/ ٥٥) .
(٧) الأم (٢/ ١١٧) ، (٦/ ١٣٤) .
(٨) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ١٨١) ، و« الوجيز » (٢/ ١٦٧) .
(٩) انظر « التنبيه » (ص ٢٤١) ، و« المنهاج » (ص ٥٠٤) .
(١٠) الحاوي (ص ٥٨٦) .

تنصيف حد الحر . . فهما كالقن في ذلك ، وقيد شيخنا الإمام البلقيني وجوب الحد على العبد والأمة بالإسلام ، وقال : إن حكم الكافرين كالمعاهد ؛ لأنهما لم يلتزما الأحكام بالذمة ؛ إذ لا جزية عليهما ، والمعاهد لا يحد ، فكذا العبد والأمة الكافران ، قال : ونص الشافعي في « الأم » يقتضي ذلك ؛ لأنه فسر الإحصان في الأمة بالإسلام[1] .

٥٠٣١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤١] : (**وفي تغريبه ثلاثة أقوال**) **الأظهر** : الثالث ، وهو : وجوب تغريب نصف عام ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[2] .

٥٠٣٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٤] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٥٨٦] : (**ويثبت ببينة ، أو إقراره**) كذا بلعان الزوج في حق المرأة إن لم تلاعن كما سبق في بابه ، والمراد : الإقرار الحقيقي دون التقديري ، وهو اليمين المردودة بعد نكول الخصم ؛ فإنه لا يثبت به الزنا ، ولكن يسقط به الحد عن القاذف ، ويثبت به مهر المثل في صورة دعوى الإكراه على الزنا . . **فالأصح** : أنه يشترط في الإقرار بالزنا التفسير .

٥٠٣٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٤] : (**ولو قال : لا تحدوني أو هرب . . فلا في الأصح**) أي : لا يسقط الحد ، لكن يخلىٰ في الحال ولا يتبع ؛ ولذلك قال « التنبيه » [ص ٢٤٣] : (**فإن رجم فهرب . . لم يتبع**) ونبه في « التصحيح » علىٰ أن هـٰذا فيمن ثبت زناه بالإقرار ، فإن ثبت بالبينة . . فإنه يتبع ، وهو كذلك ، وليس المراد : ترك إقامة الحد عليه مطلقاً ، ولكن الإعراض عنه احتياطاً ، فإن رجع ، وإلا . . حد .

نعم ؛ لو اتبع الهارب فرجم . . فلا ضمان ، ومقتضىٰ عبارة « المنهاج » : قوة الخلاف ، وليس كذلك ، بل مقابل الأصح ضعيف جداً ، وعبارة الشافعي رحمه الله توافق الأول ؛ حيث قال : (حتىٰ يرجع عن الإقرار بكلام)[3] ، قال شيخنا الإمام البلقيني : ومحل الخلاف : في هرب مشعر بالرجوع ؛ كهربه عند إقامة الحد عليه ، فلو هرب علىٰ وجه لا إشعار له بالرجوع . . لم يسقط الحد قطعاً .

٥٠٣٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٤] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٥٨٤] : (**ولو شهد أربعة بزناها وأربع أنها عذراء . . لم تحد هي ولا قاذفها**) قال شيخنا الإمام البلقيني : محله : فيما إذا لم تكن غوراء بحيث يمكن تغييب الحشفة مع بقاء البكارة ، فإن كانت كذلك . . حُدَّتْ ؛ لثبوت الزنا ، قال : ولا يتوقف ذلك علىٰ أربع نسوة ، فلو شهد به رجلان . . كان كذلك .

---

(١) الأم (٦/١٥٥) .

(٢) الحاوي (ص ٥٨٦) ، المنهاج (ص ٥٠٤) .

(٣) انظر « الأم » (٦/٧١) .

٥٠٣٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٢] : (**ولا يقيم الحد على الحر إلا الإمام أو من فوض إليه الإمام**) كذلك المبعض والمكاتب كما صرح بهما « المنهاج » و« الحاوي » ، والعبد الموقوف كله أو بعضه بناء علىٰ أن الملك فيه لله تعالىٰ ، وهو الأظهر ، وعبد بيت المال ، والموصىٰ بإعتاقه إذا زنىٰ بعد موت الموصي وقبل إعتاقه ، وهو يخرج من الثلث بناء علىٰ أن أكسابه له ، وهو **المذهب** ، والرقيق المسلم لكافر كمستولدته ، ذكر ذلك كله شيخنا الإمام البلقيني .

٥٠٣٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٢] : (**ويجوز للمولىٰ أن يقيم الحد علىٰ عبده وأمته**) يفهم أنه لا يتعين عليه ذلك ، بل للإمام فعله أيضاً ، وبه صرح « المنهاج » و« الحاوي »[١] ، والمراد بالمولىٰ : بقدر الحد وكيفيته ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٥٨٦] : (**إن علم حكم الحد**) .

ويستثنىٰ من المولىٰ : المحجور عليه ولو بسفه ، فليس له ذلك ، ويقيمه عنه وليُّه ولو وصياً وقيماً بناء علىٰ أنه إصلاح ، وهو **الأصح** ، والمراد : سيده عند إقامة الحد ، فلو زنا ثم باعه . . أقام المشتري الحد عليه بطريقه .

٥٠٣٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٢] : (**وقيل : إن ثبت بالإقرار . . جاز له ، وإن ثبت بالبينة . . لم يجز**) اعترضه في « الكفاية » بما معناه : أن هـٰذا الخلاف ليس معروفاً ، بل المنقول : أن له الحد مطلقاً ، والخلاف إنما هو في أن له سماع البينة أم لا كما مشىٰ عليه « المنهاج »[٢] ، وللسيد أن يقيم عليه حد الشرب والقذف ، وفي الأول وجه طرد في الثاني ، وقطع السرقة والمحاربة وقتله في الردة في **الأصح** وقتله في قطع الطريق وصَلْبَه كما قال شيخنا الإمام البلقيني : إنه **الأرجح** .

٥٠٣٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٤] : (**فإن تنازعا . . فالأصح : الإمام**) يقتضي أنهما وجهان منقولان ، وإنما هما احتمالان للإمام[٣] .

٥٠٣٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٢] : (**فإن كان المولىٰ فاسقاً أو امرأة . . فقد قيل : لا يقيم ، وقيل : يقيم وهو الأصح**) **الأصح** : أنه يقيم كما صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[٤] ، وهو في « التنبيه » أيضاً ، وإنما نبهت عليه ؛ لأنه قد يتحرف بسبب تقديمه النفي أولاً ، وفي معناهما : الكافر ، وقد صرح به « المنهاج »[٥] ، ويستثنىٰ منه : ما إذا كان الزاني من رقيقه مسلماً ؛ كمستولدته ونحوها ؛ فإنه لا يحده بحال كما جزم به في « أصل الروضة »[٦] ، فإن كان كافراً . . فلا

---

(١) الحاوي (ص ٥٨٦) ، المنهاج (ص ٥٠٤) .
(٢) المنهاج (ص ٥٠٤) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٢١١ ، ٢١٢) .
(٤) الحاوي (ص ٥٨٦) ، المنهاج (ص ٥٠٤) .
(٥) المنهاج (ص ٥٠٤) .
(٦) الروضة (١٠/ ١٠٤) .

حد عليه قهراً ، فإن اعتقد سيده أن عليه الحد . . حده علىٰ مقتضىٰ عقيدته .

٥٠٤٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٢] : (**وإن كان مكاتباً . . فقد قيل : يقيم ، وقيل : لا يقيم وهو الأصح**) **الأصح** : أنه يقيم ، وعليه « المنهاج » و« الحاوي »[(١)] ، لكن نص الشافعي علىٰ خلافه ؛ وعلله : بأن الحد لا يكون إلىٰ غير حر ، والمراد : أن يكون السيد مكاتباً ، أما لو كان السيد مكاتباً ـ بكسر التاء ـ والعبد مكاتَباً ـ بالفتح ـ . . فإقامة الحد عليه للإمام خاصة كما ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[(٢)] ، وقد تقدم ، ولم يتعرضوا لعبد المبعَّض ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : مقتضى النص المتقدم : أنه لا يقيمه عليه ؛ لأنه غير حر ، ويحتمل أن يقيمه عليه كما تجب عليه الزكاة فيما ملكه ببعضه الحر ، **والأرجح** : الأول .

٥٠٤١ـ قول « المنهاج » عطفاً علىٰ ما عبر فيه بالأصح [ص ٥٠٤] : (**وأن السيد يعزر**) فيه أمور :

أحدها : أنه يقتضي أنه لا نص فيه للشافعي ، وليس كذلك ؛ فقد نص عليه ، فقال : (وللمكاتَب أن يؤدب عبده)[(٣)] .

ثانيها : أن تعبيره **بالأصح** يقتضي قوة مقابله ، وليس كذلك ؛ ففي « أصل الروضة » : أنه ضعيف[(٤)] .

ثالثها : أنه أطلق الخلاف ، ومحله : في حقوق الله تعالىٰ ، وله أن يؤدبه لحق نفسه قطعاً ، وقد جعله في « أصل الروضة » أصلاً مقيساً عليه[(٥)] .

٥٠٤٢ـ قوله : (**ويسمع البينة بالعقوبة**)[(٦)] يقتضي أن السيد لا يحده بعلمه ، ويوافقه تخريجه ذلك في « شرح مسلم » على القضاء بالعلم في الحدود[(٧)] ، وقد ذكر الرافعي أيضاً هـٰذا البناء ، لكنه عقبه بقوله : **الأظهر** : نعم[(٨)] ، ومراده : ترجيح ذلك هنا ، وإن كان **الأظهر** في القاضي خلافه ؛ ولهـٰذا قال في « أصل الروضة » : فلو شاهده السيد . . فله إقامتها في **الأصح** . انتهىٰ[(٩)]

والفرق أن الحاكم إنما منع من القضاء بالعلم مطلقاً للتهمة ، وهـٰذا مفقود في السيد ، ومن منع

---

(١) الحاوي (ص ٥٨٦) ، المنهاج (ص ٥٠٤) .
(٢) الحاوي (ص ٥٨٦) ، المنهاج (ص ٥٠٤) .
(٣) انظر « الأم » (٨/ ٧١) .
(٤) الروضة (١٠/ ١٠٣) .
(٥) الروضة (١٠/ ١٠٣) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٥٠٤) .
(٧) شرح مسلم (١١/ ٢١١) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (١١/ ١٦٦) .
(٩) الروضة (١٠/ ١٠٤) .

في حدود الله تعالىٰ ؛ فلأنه مندوب إلىٰ ستره ، فليس له هتكه بإقامة الحد عليه بلا بينة ، والسيد إنما يقيمه سراً من غير هتك .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : يمكن أن يقال : إن قلنا : السيد يقيم الحد استصلاحاً . . أقامه بعلمه قطعاً ، وإن قلنا : ولاية . . فوجهان ، **والأصح** : أنه يقيمه بعلمه . انتهىٰ

وتبعت أولاً في إيرادي ذلك على « المنهاج » شيخنا المذكور ، **والحق** : أنه لا يرد ، ولا يلزم من ذكر الخلاف في سماع البينة التي هي طريق لإثبات الحد بالاتفاق منع غيرها من الطرق ، والله أعلم .

٥٠٤٣ـ قوله : (**والرجم بمدرٍ وحجارةٍ معتدلةٍ**)[١] و« الحاوي » [ص ٥٨٥] : (**بحجارة معتدلة**) يقتضي منع الصخرة الكبيرة والحصيات الخفيفة ، وبه صرح الإمام والغزالي[٢] ، وهو مقتضىٰ كلام « الروضة » وأصلها[٣] ، ومنع ذلك شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : بل يُرمىٰ بالخفيف والثقيل علىٰ حسب ما يتفق مما يجده الرامي ؛ ففي « صحيح مسلم » من حديث أبي سعيد في قصة ماعز : (فرميناه بالعظام والمدر والخزف) ، قال : (فاشتد واشتددنا خلفه حتىٰ أتىٰ عُرْض الحَرَّةِ ، فانتصب لنا ، فرميناه بجلاميد الحَرَّة ؛ يعني : الحجارة حتىٰ سكت)[٤] قال شيخنا : ففيه أنهم رموه بالعظام والمدر والخزف بحسب ما وجدوا في ذلك الموضع ، فلما وجدوا في الحرة الحجارة الكبار وهي الجلاميد . . رجموه بها ، فدل علىٰ أنه لا يضيق في ذلك ، وأنه بحسب ما يجده الذي يرجمه ؛ وفي رواية عبد الرزاق عن ابن جريج : (أن ماعزاً لم يقتل حتىٰ رماه عمر بلحي بعير ، فقام رأسه ، فقتله)[٥] وفي رواية للبيهقي : (أن عبد الله بن أنيس رماه بوظيف حمار أي : وهو مستدق الذراع والساق فصرعه ، ورماه الناس حتىٰ قتلوه)[٦] وفي « صحيح مسلم » : (أن خالد بن الوليد رمىٰ رأس الغامدية بحجر فنضح الدم علىٰ وجهه)[٧] قال : ولعل الإمام أراد : البداءة بالصخرة الكبيرة والاستمرار على الرمي بالحصيات الخفيفة .

٥٠٤٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٣] : (**وإن ثبت الحد بالبينة . . استحب أن تُحفر له حفيرة**) **المشهور** : الجزم بأنه لا يحفر للرجل ، والخلاف إنما هو في المرأة ، **والصحيح** فيها : هـٰذا

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٠٤) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٧/١٨٩ ، ١٩٠) ، و« الوجيز » (٢/١٦٩) .
(٣) فتح العزيز (١١/١٥٦) ، الروضة (١٠/٩٩) .
(٤) صحيح مسلم (١٦٩٤) .
(٥) مصنف عبد الرزاق (١٣٣٣٩) .
(٦) سنن البيهقي الكبرىٰ (١٦٧٣٥) .
(٧) صحيح مسلم (١٦٩٥) .

التفصيل ، وعلىٰ هـٰذا مشى « المنهاج »[1] ، وهو الذي في كتب الرافعي والنووي[2] ، لكن في « الأحكام السلطانية » للماوردي مثل ما في « التنبيه »[3] ، إلا أنه حكىٰ ذلك في « الحاوي » عن اختيار العراقيين ، وأراد بهم : المخالفين لأصل المذهب ، لا أصحابنا ، ثم قال : وهـٰذا عندنا غير مختار في رجم الرجل ، سواء رجم بشهادة أو إقرار[4] ، وذكر ابن يونس أن في بعض نسخ « التنبيه » : (**يحفر لها**) وأن هـٰذه النسخة هي الصحيحة .

قال ابن الرفعة : وما ذكره من تصحيح هـٰذه النسخة تظهر صحته ؛ لأن النووي لم ينبه في هـٰذا الموضع علىٰ شيء ، فلو كان لفظ الشيخ بالتذكير . . لنبه علىٰ ذلك علىٰ عادته ، وحكىٰ في « التوشيح » عن نسخة صحيحة عليها خط المصنف رحمه الله بالصحة له بالتذكير ، واستشكل شيخنا الإسنوي في « التنقيح » المنقول بما في « صحيح مسلم » : (أن ماعزاً حفر له)[5] ، مع أن زناه ثبت بالإقرار ، وما في « سنن أبي داوود » : (أن فتىٰ محصناً اعترف بالزنا فحفر له ورجم)[6] ، قال في « التوشيح » : لكن قد ثبت في « صحيح مسلم » أيضاً من حديث أبي سعيد الخدري : (فانطلقنا به إلىٰ بقيع الغرقد ، فما حفرنا له)[7] ، قال : وهـٰذه الرواية عندنا أرجح ؛ لتظافر الأحاديث علىٰ أنه هرب ، واتبعوه ، وأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لهم : « فهلا تركتموه » ، قال : ويؤيدها ـ أعني في عدم الحفر ـ ما رواه النسائي من حديث أبي هريرة : (أنه اضطجع في ظل شجرة ورُجم حتىٰ مات) .

ومال شيخنا الإمام البلقيني إلىٰ أن الإمام يتخير في الحفر للرجل ؛ إن شاء . . حفر له وإن شاء . . لم يحفر ، قال : وهو الموافق لمقتضى الأحاديث الصحيحة ، بل يمكن أن يدعي في ذلك السنة ، قال : ولو بلغ الشافعي رضي الله عنه الحديثان اللذان فيهما الحفر . . لقال به تخييراً أو سنة ، قال : ويمكن الجمع بين الراويتين ـ أي : في حديث ماعز ـ أنه حفر له حفرة صغيرة ، فلما رجم . . هرب منها ، ولا ينافي ذلك قوله في رواية البيهقي من حديث بريدة : (فجعل فيها إلىٰ صدره)[8] لأنه لا يمتنع أن يهرب من الحفيرة المذكورة ؛ لأنه ليس المراد : أن يرد عليه التراب

---

(١) المنهاج (ص ٥٠٤) .

(٢) انظر « المحرر » (ص ٤٢٩) ، و« فتح العزيز » (١١/١٥٧) ، و« الروضة » (١٠/٩٩) .

(٣) الأحكام السلطانية (ص ٢٩٣) .

(٤) الحاوي الكبير (١٣/٢٠٢) .

(٥) صحيح مسلم (١٦٩٥) .

(٦) سنن أبي داوود (٤٤٣٥) .

(٧) صحيح مسلم (١٦٩٤) .

(٨) سنن البيهقي الكبرىٰ (١٦٧٤٢) .

بحيث لا يتمكن من الخروج ، وناقش شيخنا المذكور « المنهاج » في قوله [ص ٥٠٤] : (**والأصح : استحبابه إن ثبت ببينة**) وقال : العبارة الوافية : (إن لم يثبت بإقرارها) ليشمل ما إذا وجب عليها الحد بلعان الزوج . . فإنه كالبينة ؛ لأنه لا يستحب لها أن تلاعن بعد امتناعها كما لا يستحب للشهود الرجوع بعد شهادتهم ، قال : ويحتمل أن يجعل كإقرارها ؛ لأنها متمكنة من إسقاط الحد باللعان ، وصحح شيخنا المذكور : استحباب الحفر لها ولو ثبت بالإقرار ؛ فإن في « صحيح مسلم » من حديث بريدة الأمر بالحفر للغامدية مع أن زناها ثبت بالإقرار[1] ، قال : ولا يحل أن يثبت في مذهب الشافعي ما يخالف السنة الصحيحة .

٥٠٤٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٢ ، ٢٤٣] : (**فإن وجب الرجم في الحر أو البرد أو المرض ؛ فإن كان قد ثبت بالبينة . . رجم ، وإن ثبت بالإقرار . . فالمنصوص : أنه يؤخر إلىٰ أن يبرأ ويعتدل الزمان ، وقيل : يقام عليه**) صحح « المنهاج » الثاني ، فقال [ص ٥٠٤] : (**ولا يؤخر لمرض وحر وبرد مفرطين ، وقيل : يؤخر إن ثبت بالإقرار**) وكذا قال « الحاوي » [ص ٥٨٥] : (**وإن مرض ، وفي الحر والبرد المفرطين**) وقيد التأخير بأن يكون الحر والبرد مفرطين ، واستفدنا من « التنبيه » أن التأخير منصوص ، فلا ينبغي التعبير عنه بقيل على اصطلاحه .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : لم أقف عليه في « الأم » ، وما أظنه يصح عن الشافعي ، وإنما هو وجه حكاه ابن أبي هريرة ، وعدم التأخير منصوص « المختصر » ، فالمسألة ذات قولين إن صح نص « الأم » ، وهنا أمور :

أحدها : أن محل الخلاف : في المرض الذي يُرجىٰ برؤه ، ولا خلاف في رجمه في المرض الذي لا يرجىٰ زواله ، ذكره شيخنا الإمام البلقيني ، قال : وما وقع في « شرح التنبيه » لابن يونس عن الشيخ أبي حامد : أنه إن كان مريضاً . . أخّر الرجم ، سواء رجي برؤه أم لا ، نقلٌ غير صحيح ، ولم يقله الشيخ أبو حامد .

ثانيها : ومحل الخلاف أيضاً ما إذا لم يرتد بعد ذلك ، ولم يتحتم قتله في المحاربة ، فإذا وُجد أحدهما . . رجم قطعاً ، ذكره شيخنا أيضاً .

ثالثها : ظاهر كلامهما وجوب التأخير علىٰ ذلك الوجه ، وليس كذلك ، وإنما هو مستحب ، قاله شيخنا المذكور ، وقال : لم أر من تعرض له هنا ، وتعرضوا له في الجَلْد .

٥٠٤٦ـ قول « الحاوي » [ص ٥٨٥] : (**ويؤخر الجلد**) أي : في المرض والحر والبرد المفرطين ، فيه أمران :

---

(١) صحيح مسلم (١٦٩٥) .

أحدهما : أن هـٰذا التأخير مستحب ؛ فقد قال في « التنبيه » [ص ٢٤٢] : (**فإن جلده في هـٰذه الأحوال فمات.. فالمنصوص : أنه لا يضمن**) وكذا قال في « المنهاج » [ص ٥٠٤] : (**فلا ضمان على النص فيقتضي أن التأخير مستحب**) لكن في « زيادة الروضة » : **المذهب** : وجوب التأخير مطلقاً[1] ؛ يعني : سواء أوجبنا الضمان أم لا .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وهو مخالف لقول الشافعي رضي الله عنه في « الأم » : (وإذا وقع علىٰ رجل حَدٌّ ، فضربه الإمام وهو مريض أو في بردٍ شديدٍ أو حَرٍّ شديدٍ.. كرهت ذلك)[2] فتصريحه بالكراهة يدل علىٰ أنه لا يجب التأخير ، ثم صوب شيخنا أن الاستحباب فيما إذا كان الجلد في المرض أو الحر أو البرد لا يهلك غالباً ولا كثيراً ، والوجوب فيما إذا أهلك غالباً أو كثيراً .

ثانيهما : أن محل التأخير : في مرض يرجىٰ برؤه ، قال في « التنبيه » [ص ٢٤٢] : (**وإن كان نضو الخلق أو مريضاً لا يرجىٰ برؤه.. جلد بأطراف الثياب وإثكال النخل**) ، وقال في « المنهاج » [ص ٥٠٤] : (**فإن لم يُرج برؤه.. جلد لا بسوط ، بل بعثكال عليه مائة غصن ، فإن كان خمسين.. ضرب مرتين ، وتمسه الأغصان أو ينكبس بعضها علىٰ بعض ليناله بعض الألم**) وحذف ابن يونس في « النبيه » إضافة الإثكال إلى النخل كما فعل « المنهاج » لأن الإثكال لا يطلق إلا علىٰ شمراخ النخل كما نبه عليه في « تنويهه » ، قال : وغلطناه في قوله : (**أطراف الثياب**)[3] إذ لا يكاد يوجد لغيره ؛ وهـٰذا لأن الإمساك بطرف ثوبه لا أثر له في الإيلام ، ولا يسمىٰ جلداً ، وكذا أنكر على الشيخ ابن عمه في « شرحه » والنووي في « نكته » ، وقال ابن الرفعة : إنه صرح به جماعة من الأئمة ، ولا التفات إلىٰ من قال : إنه لم يره إلا في « المستظهري »[4] ، وفي « أصل الروضة » : ولا يتعين العثكال ، بل له الضرب بالنعال وأطراف الثياب ، كذا حكاه ابن الصباغ والروياني وغيرهما[5] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وهو عندي متعقب في النعال إذا كان ألمها أكثر من ألم العثكال ، وأما أطراف الثياب.. فالظاهر أن أمرها مساوٍ للعثكال أو أخف منه ، وفي الحديث في شارب الخمر : (أنهم ضربوه بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم بالنعال وأطراف الثياب) وفي معنى المرض الذي لا يرجىٰ برؤه : إذا كان البلد شديد الحر أو البرد دائماً كما صرح به الماوردي ، فقال : فإن كان في بلاد الحر التي لا يسكن حرها أو البرد التي لا يقل بردها.. لم يؤخر حده ، ولم

---

(١) الروضة (١٠/١٠٢) .
(٢) الأم (٦/٨٧) .
(٣) التنبيه (ص ٢٤٢) .
(٤) حلية العلماء (٣/١١٣٥) .
(٥) الروضة (١٠/١٠٠) .

ينقل إلى البلاد المعتدلة ؛ لما فيه من تأخير الحد ، ولكن يخفف ، ويقابل إفراط الحر وإفراط البرد بتخفيف الضرب حتىٰ يسلم فيه من القتل[1] .

وفي معنى المريض ونحوه : النفساء ، ومن به جرح أو ضرب . . فإنه يؤخر حتىٰ يبرأ ، نص عليه في « مختصر المزني » ، فقال : (ولا يقام حد الجلد علىٰ كذا ولا كذا ولا في أسباب تلف)[2] ، وهو شامل لما ذكرناه .

٥٠٤٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٢] : (**ولا تجلد المرأة في حال الحبل حتىٰ تضع وتبرأ من ألم الولادة**) لا بد مع ذلك من انقطاع دم النفاس أيضاً .

٥٠٤٨ـ قوله : (**وإن وجب الرجم وهي حامل . . لم ترجم حتىٰ تضع ويستغني الولد بلبن غيرها**)[3] **الأصح** : أنها لا ترجم حتىٰ تفطمه هي ، وإن وجدت مرضعة غيرها ، ثم يوجد له كافلة ، وعليه مشى « الحاوي » في (الجنايات) فقال [ص ٥٧٣] : (**وفي الحد الفطام ، وكافلٌ**) .

٥٠٤٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٢] : (**ويتوقى الوجه والرأس**) **الأصح** : أنه لا يتوقى الرأس .

٥٠٥٠ـ قوله : (**ولا يقيم الحد في المسجد**)[4] أي : علىٰ سبيل الكراهة كما قاله في « الكفاية » ، وحكاه عن القاضي أبي الطيب وابن الصباغ ، لكن مقتضىٰ كلام الرافعي تحريمه .

٥٠٥١ـ قوله في حد الخمر : (**وإن زنىٰ وهو بكر فلم يحد حتىٰ زنىٰ وهو محصن . . جلد ورجم ، ويحتمل أن يقتصر علىٰ رجمه**)[5] أقره النووي في « تصحيحه » على الأول ، وهو في « الروضة » وأصلها محكي عن تصحيح البغوي وغيره[6] ، وحكاه في « الكفاية » عن البندنيجي وآخرين ، والاحتمال المذكور وجه منقول ، **صححه** الإمام والغزالي[7] ، وعليه مشي « الحاوي » في حد الزنا فقال [ص ٥٨٥] : (**ودخل فيه ـ أي : في الرجم ـ حد البكر**) لكنه خالفه في اللعان فقال آخر الباب : (**قذف بكراً ، فتزوجت آخر ، ووطئها ، ثم قذفها ، ولاعنا ولم تلاعن . . فتجلد ثم ترجم**)[8] .

❊ ❊ ❊

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/ ٢١٤) .
(٢) مختصر المزني (ص ٢٦١) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٣) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٢) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٨) .
(٦) فتح العزيز (١١/ ٢٧١) ، الروضة (١٠/ ١٦٦) ، وانظر « التهذيب » (٧/ ٤٠٥) .
(٧) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ١٧٩) ، و« الوجيز » (٢/ ١٧٩) .
(٨) الحاوي (ص ٥٢٨) .

كتاب حد القذف

٥٠٥٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٥] : (**شرط حد القاذف : التكليف إلا السكران**) فيه أمران :

أحدهما : ما اقتضاه كلامه من أن السكران غير مكلف ذكره في غير موضع ، وسبق الرد عليه فيه في الطلاق .

ثانيهما : يشترط مع ذلك أيضاً كونه ملتزماً للأحكام ؛ ليخرج الحربي ، وقد ذكره « التنبيه » بقوله [ص ٢٤٣] : (**وهو مسلم أو ذمي أو مستأمن أو مرتد**) ولو عبر بالالتزام كما ذكرنا. . لكان أخصر .

٥٠٥٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٥] : (**ولو استقل المقذوف بالاستيفاء. . لم يقع الموقع**) و« الحاوي » [ص ٥٢٥] : (**وإن استوفى المقذوف**) و« التنبيه » [ص ٢٤٤] : (**ولا يستوفي حد القذف إلا بحضرة السلطان**) يستثنىٰ منه : ما لو كان المقذوف مالك القاذف. . فله حده ، كما في « أصل الروضة » قبل حد القذف[١] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : ولم يخرجه علىٰ أن إقامة الحد علىٰ عبده ولاية أو استصلاح ؛ لأنا وإن قلنا : ولاية. . فهو بمنزله الأب أو الجد الذي يقتص من مال ولده الثمن لنفسه فيما باعه منه .

قلت : ولعل سببه ما قدمناه أن له تأديته لحق نفسه قطعاً ، فله حده لحق نفسه قطعاً ، وقال الماوردي في صول الفحل : من كان ببادية بعيدة وقدر على استيفاء الحد والتعزير بنفسه من غير مجاوزة فيه. . جاز له استيفاؤه كالدين[٢] .

٥٠٥٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٤] : (**وإن قال لرجل : اقذفني فقذفه. . فقد قيل : يجب الحد ، وقيل : لا يجب**) **الأصح** : أنه لا يجب ، وعليه مشى « الحاوي » فقال عطفاً على المنفي [ص ٥٢٥] : (**أو أباحه**) .

* * *

---

(١) الروضة (١٠/ ١٠٧) .

(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/ ٤٥٤) .

كتاب قطع السرقة

٥٠٥٥ـ كذا في « المنهاج »[1] ، وفي « التنبيه » [ص ٢٤٤] : (**حد السرقة**) ، ولو قالا : (كتاب السرقة) كما فعل « المنهاج » في (كتاب الزنا) . . لكان أخصر وأعم ؛ لتناوله أحكام نفس السرقة .

٥٠٥٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٥] : (**والنصاب ربع دينار أو ما قيمته ربع دينار**) قيد ذلك « المنهاج » و« الحاوي » بكونه خالصاً[2] ، ومثله ما لو كان مغشوشاً خالصه كذلك ، وقيده « الحاوي » أيضاً بكونه مضروباً[3] ، وأورد عليه : أنه لا يحتاج إليه مع قوله : (**دينار**) لأن اسم الدينار إنما يقع على المضروب ، وأورد شيخنا الإمام البلقيني على « المنهاج » في إخلاله بكونه مضروباً ، وذلك يدل علىٰ صدق اسم الدينار بدونه ، وهو خلاف ما صرح به الرافعي وغيره[4] ، وأطلق « التنبيه » و« المنهاج » القيمة ، وقيدها « الحاوي » مع غيرها بقوله : (**قطعاً**) ، وتبع في ذلك ما حكاه في « أصل الروضة » عن الإمام أنه قال : الذي أرى الجزم بأنه لا تجب ما لم يقطع المقومون ببلوغها نصاباً ، وللمقومين قطع واجتهاد ، والقطع من جماعة لا يَزِلّون معتبر ، ومن جماعة لا يبعد الزلل منهم فيه احتمالان :

أحدهما : يكفي كما تقبل الشهادة مع احتمال الغلط .

والثاني : المنع ؛ لأن الشهادة تستند إلىٰ معاينة[5] .

لكن قال شيخنا الإمام البلقيني : إن ذلك ليس بمعتمد ؛ لأن القتل قصاصاً أثبته الشرع بشاهدين وإن جاز عليهما الغلط ، ومتىٰ ثبتت القيمة بشاهدين من غير شهادة تعارض شهادتهما . . قطعته وإن لم أقطع بالقيمة كسائر البينات .

قلت : قد عرفت الفرق باستناد غير شهادة القيمة إلى المعاينة بخلافها ، فلا بد من تقويها بالقطع ، والله أعلم .

وعبارة « الحاوي » [ص ٥٨٧] : (**بسرقة قدر ربع دينار خالص مضروب قطعاً**) وأورد في هٰذا المحل عليه : ما لو سرق ربعاً سبيكةً لا يساوي ربعاً مضروباً . . فإنه لا قطع على **الأصح** في

---

(١) المنهاج (ص ٥٠٦) .

(٢) الحاوي (ص ٥٨٧) ، المنهاج (ص ٥٠٦) .

(٣) الحاوي (ص ٥٨٧) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (١١/ ١٧٥) .

(٥) الروضة (١٠/ ١١٢) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٢٢٤) .

« المحرر » و« المنهاج »[1] ، وستتكلم عليه مع أنه يصدق أنه قدر ربع دينار ، فلو عبر بالقيمة . . لكان أصرح في المقصود .

٥٠٥٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٦] : (**ولو سرق ربعاً سبيكةً لا يساوي ربعاً مضروباً . . فلا قطع في الأصح**) تبع في ترجيحه « المحرر »[2] ، ونقل في « الشرح » **ترجيحه** عن الإمام وغيره ، **وصححه** في « أصل الروضة » ، وحكى الرافعي ميل جماعة إلىٰ **ترجيح** القطع ؛ منهم البغوي ، وفي « البيان » : إنه **المذهب**[3] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه ظاهر نصوص الشافعي علىٰ ربع دينار من غير اشتراط أن يكون مضروباً ، قال : **وهو المذهب المعتمد ، وعليه أكثر الأصحاب** ، وقال الشيخ أبو حامد : لا يختلف فيه **المذهب** ، وقال الماوردي : إنه ظاهر المذهب[4] ، وحكاه البندنيجي وصاحب « المهذب » عن عامة الأصحاب[5] ، ونحوه في « الشامل » و« الحلية » للشاشي[6] ، وحكاه البغوي والخوارزمي والعمراني عن الأكثرين[7] ، **وصححه** الهروي ، واختاره في «المرشد» . انتهىٰ

أما عكسه ، وهو خاتم زنته دون ربع وقيمته ربع بالصنعة . . فقال في « أصل الروضة » : إنه **لا قطع فيه على الصحيح**[8] ، وليس في « الشرحين » فيه تصحيح ، بل مقتضىٰ كلامه **تصحيح** القطع فيه ، وإن **صحح** في عكسه عدمه ؛ فإنه بنى القطع فيه على اعتبار العين ، ومقابله على اعتبار القيمة ، وبناهما في عكسه على العكس[9] ، وذكر في « المهمات » : أن ذلك غلط فاحش وذهول عجيب ؛ فإنه عقبه بقوله : والخلاف في المسألتين راجع إلى الاعتبار بالوزن أم بالقيمة[10] ، فكيف يصح مع هـٰذا البناء عدم القطع فيهما ؟!

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه ليس بغلط فاحش ، بل هو فقه مستقيم ، وإن لم يعطه كلام الرافعي ؛ فإن الوزن لا بد منه ، وهل يعتبر مع ذلك في غير المضروب أن تبلغ قيمته ربع دينار

---

(١) المحرر (ص ٤٣٢) ، المنهاج (ص ٥٠٦) .
(٢) المحرر (ص ٤٣٢) .
(٣) فتح العزيز (١١/ ١٧٥ ، ١٧٦) ، الروضة (١٠/ ١١٠) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٢٢٣) ، و« التهذيب » (٧/ ٣٥٩) ، و« البيان » (١٢/ ٤٣٨) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/ ٢٧٨) .
(٥) المهذب (٢/ ٢٧٧) .
(٦) حلية العلماء (٣/ ١١٤٢) .
(٧) انظر « التهذيب » (٧/ ٣٥٩) ، و« البيان » (١٢/ ٤٣٨) .
(٨) الروضة (١٠/ ١١٠) .
(٩) فتح العزيز (١١/ ١٧٦) .
(١٠) الروضة (١٠/ ١١٠) .

مضروب ؟ فيه الخلاف الذي في السبيكة ، أما إذا نقص الوزن في عين الذهب ولكن قيمته بصنعته تساوي ربع دينار مضروب . . فهـٰذا يضعف فيه الاكتفاء بالقيمة ، وصار على اعتبار القيمة وجهان :

أحدهما : أنه لا بد من مراعاة الوزن .

والثاني : يكفي بلوغ القيمة ربع دينار وإن نقص الوزن من نفس الذهب ، وهـٰذا ضعيف جداً ؛ لأن النصاب معتبر من عين الشيء كما في نصاب الزكاة ، ويؤيد هـٰذا أن الإصطخري المخالف في صورة السبيكة إنما نصبوا خلافه في سبيكة زنتها ربع مثقال ، ونصب الشيخ أبو حامد خلافه فيما نقص بضربه ، وذلك يقتضي مراعاة الوزن والقيمة ، ومن خرج علىٰ كلام الإصطخري النظر إلى القيمة وحدها . . كان نظراً ضعيفاً ، ولم أر أحداً ذكر تخريج ذلك إلا الإمام ومن تبعه[1] ، وهو منفرد بذلك ، وقد تنبه في « الوسيط » لشيء من هـٰذا ، فقال بعد حكاية الوجهين في السبيكة : ولو سرق خاتماً قيمته ربع وزنته سدس . . وجب القطع إن اعتبرنا التقويم ، وإن اعتبرنا الوزن . . فلا قطع[2] ، وإن نظرنا إلى العين . . لم يجب ، ومن ذلك يظهر أن النظر إلى العين أو الوزن لا يوجب القطع ، وأن النظر إلى القيمة المجردة يقتضي القطع ، وهو ضعيف ، قال : فظهر أن الذي في « الروضة » صواب ، وأن الغالط من غلطه . انتهىٰ

واعلم : أن المعتبر في كون قيمة المسروق ربع دينار حالة السرقة ، فلو نقصت قيمته بعد ذلك . . لم يسقط القطع ، ذكره في « التنبيه »[3] ، وهو داخل في قول « الحاوي » [ص ٥٨٧] : (**لدى الإخراج من الحرز**) .

٥٠٥٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٥] : (**وإن نقب الحرز وأخذ دون النصاب وانصرف ثم عاد وأخذ تمام النصاب . . فقد قيل : يقطع ، وقيل : لا يقطع ، وقيل : إن اشتهر خراب الحرز . . لم يقطع ، وإن لم يشتهر . . قطع**) **الأصح** : أنه يقطع ، ومحل الخلاف : ما إذا لم يتخلل علم المالك وإعادة الحرز ، فإن وجدا أو أحدهما . . فلا قطع ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٥٠٦] : (**فإن تخلل علم المالك وإعادة الحرز . . فإخراج الثاني سرقة أخرىٰ ، ولا قطع في الأصح**) و« الحاوي » فقال [ص ٥٨٩] : (**ودفعاتٍ بلا تخلل علم المالك كالنقب والإخراج ليلةً أخرىٰ**) وظاهر كلامهما : أنه لا فرق في القطع بين أن يشتهر خراب الحرز أم لا ، وهو صريح كلام « أصل الروضة » فإنه جعل الفرق بين اشتهار الحرز وعدمه وجهاً مرجوحاً[4] ، وقد استدرك « المنهاج » علىٰ قول « المحرر » :

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٢٢٣) .

(٢) الوسيط (٦/ ٤٥٩) .

(٣) التنبيه (ص ٢٤٥) .

(٤) الروضة (١٠/ ١١١) .

ولو نقب وعاد في ليلة أخرىٰ فسرق.. قطع في **الأصح**[1] ، فقال : (**قلت : هٰذا إذا لم يعلم المالك النقب ولم يظهر للطارقين ، وإلا.. فلا يُقطع قطعاً**)[2] وهٰذا الاستدراك وارد علىٰ إطلاق « الحاوي » في النقب أيضاً ، وكذا قال في « أصل الروضة » : إن علم صاحب الحرز بالنقب أو كان ظاهراً يراه الطارقون وبقي كذلك.. فلا قطع ؛ لانتهاك الحرز ، وإلا.. فيقطع على **الأصح**[3] .

وذكر شيخنا الإمام البلقيني : أن ما في « المنهاج » هنا غير مستقيم ؛ لأنه إذا اشتهر ذلك.. فلا يقطع . انتهىٰ

والحاصل : أن ظهور ذلك واشتهاره كعلم المالك.. فلا قطع معه ، وذكر شيخنا الإمام البلقيني في كلامه على الموضع الثاني من « المنهاج » : أن في المسألة طريقين ، وقد ذكر ذلك البغوي :

إحداهما : إثبات الخلاف مطلقاً وإن تخلل علم المالك والطارقين .

والثانية : القطع عند التخلل المذكور بعدم القطع ، قال : وكأن من قال : يقطع مطلقاً ـ وهو ابن سريج ـ نظر إلىٰ أن الحرز قد انتهك بفعل السارق ، فكل ما فيه محرز بالنسبة إليه وإن تخلل الإطلاع ، ومن قطع بعدم القطع رأىٰ أن انتهاك الحرز صير ما فيه غير محرز مطلقاً ، قال : وهٰذا أوجه ، لكن النقل عن ابن خيران يخالفه ، فهو ضعيف من جهة المعنىٰ صحيح من جهة النقل ، والله أعلم[4] .

٥٠٥٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٦] : (**ولو سرق خمراً أو خنزيراً أو كلباً أو جلد ميتة بلا دبغ.. فلا قطع**) يستثنىٰ منه : ما لو دبغه السارق في الحرز وصار يساوي نصاب سرقة ، وقلنا : بجواز بيعه **وهو الجديد** ، وبأنه للمغصوب منه إذا دبغه الغاصب وهو **الأصح**.. **فالأرجح** : أنه يقطع ، وقد تناوله مفهوم قوله : (**بلا دبغ**) وفيه احتمال ؛ لأنه حالة السرقة غير مدبوغ وحالة الإخراج من الحرز مدبوغ ، وطرد شيخنا الإمام البلقيني هٰذا الخلاف فيما إذا صار الخمر خلاً بعد وضع السارق يده قبل الإخراج ، قال : ولم يذكروه .

٥٠٦٠ـ قوله : (**فإن بلغ إناء الخمر نصاباً.. قطع على الصحيح**)[5] كان ينبغي أن يقول : (على النص) ففي « أصل الروضة » : إنه **الأصح** المنصوص[6] ، وذكر شيخنا الإمام البلقيني : أن محل الخلاف فيه : ما إذا لم يكن الخمر محترماً ، فإن كان محترماً لمسلم أو خمراً لذمي لا يراق..

---

(١) المحرر (ص ٤٣٥) .
(٢) المنهاج (ص ٥٠٨) .
(٣) الروضة (١٠/١٣٣ ، ١٣٤) .
(٤) انظر « التهذيب » (٧/٣٦٩) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٥٠٦) .
(٦) الروضة (١٠/١١٦) .

قطع قطعاً ، قال : لأنهم وجهوا عدم القطع بأن ما في الإناء يستحق الإراقة ، فيصير شبهة في دفع القطع ، وهـٰذا لا يأتي في التي لا تراق ، قال : ولو كان إناء الخمر من ذهب أو فضة . . فمقتضىٰ إيراد الماوردي وابن الصباغ وغيرهما : الجزم بأنه يقطع[1] ، ولكن بطريقه خلاف من جهة أنه إذا لم يجز اتخاذه وهو **الأصح** . . يصير كآلات الملاهي .

٥٠٦١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٥] : (**وإن سرق طنبوراً أو مزماراً يساوي مفصَّلُه نصاباً . . قطع ، وقيل : لا يقطع فيه بحال**) **صحح** الرافعي في « المحرر » الثاني[2] ، مع نقله في « **شرحيه** » الأول عن الأكثرين[3] ؛ فلذلك استدركه فيه في « المنهاج » ، **وصحح** القطع بالشرط المذكور[4] ، وعليه مشى « الحاوي » ، فقال عطفاً علىٰ ما لا قطع فيه [ص ٥٩٠] : (**وجائز الكسر بقصده أو قلَّ رضاضه**) .

لكن مال شيخنا الإمام البلقيني إلىٰ عدم القطع فيه مطلقاً ، وتمسك بإطلاق الشافعي رضي الله عنه عدم القطع فيها ، وبأن الأكثرين علىٰ إبطال بيع آلات الملاهي ولو عُدَّ رضاضها مالاً ، وبأن الحرز الذي هي فيه كلا حرز بالنسبة إليها ؛ فلا يجب القطع بسرقتها ، وقال الروياني في « الكافي » بعد حكاية النص المشهور ، وقال في موضع آخر : إلا أن تبلغ قيمتها مخلّعة ربع دينار ، قال شيخنا الإمام البلقيني : ولم أقف علىٰ هـٰذا النص الذي ذكره ولا ذكره غيره .

٥٠٦٢ـ قول « الحاوي » [ص ٥٨٧] : (**مِلكَ غيرٍ لدى الإخراج من الحرز ، بلا شرك**) تبع فيه الغزالي[5] ، وقال الرافعي : لك أن تقول : في اشتراطه كونه ملك الغير غنية عن هـٰذا الشرط ؛ لخروج المشترك عنه ؛ فإنه لا يصدق أن يقال في المشترك : إنه مملوك لغير السارق[6] ؛ ولهـٰذا اقتصر « المنهاج » علىٰ قوله [ص ٥٠٦] : (**الثاني : كونه ملكاً لغيره**) وفي قول « الحاوي » [ص ٥٨٧] : (**لدى الإخراج من الحرز**) و« المنهاج » [ص ٥٠٦] : (**قبل إخراجه من الحرز**) ما يقتضي أنه لو ملكه بعد إخراجه من الحرز . . لم يسقط القطع ، لكن لو وقع الملك قبل الرفع إلى القاضي . . لم يمكن استيفاء القطع ؛ فإنه يتوقف علىٰ مطالبة المسروق منه بالمال ، ذكره في « الروضة » وأصلها[7] .

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/ ٣٠٧ ، ٣٠٨) .
(٢) المحرر (ص ٤٣٢ ، ٤٣٣) .
(٣) فتح العزيز (١١/ ١٨٤) .
(٤) المنهاج (ص ٥٠٦) .
(٥) انظر « الوجيز » (٢/ ١٧١) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (١١/ ١٨٨) .
(٧) فتح العزيز (١١/ ١٨٠) ، الروضة (١٠/ ١١٤) .

٥٠٦٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٧] : (**الثالث : عدم شبهة فيه ؛ فلا قطع بسرقة مال أصل وفرع**) أعم من تعبير « التنبيه » بالأب والابن[1] ، وتناولت عبارتهما ما لو كان الأصل والفرع رقيقاً سرق من مال فرعه أو أصله الحر ؛ لإطلاق الشافعي والأصحاب ، ويؤيده أن المنقول : أنه لو وطيء الأصل العبدُ جاريةَ فرعه الحر التي ليست موطوءة الفرع . . لم يحد ؛ للشبهة مع وجود الرق ، ذكر ذلك شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : لم أر من صرح به هنا ، لكنه استثنىٰ من ذلك : ما لو نذر إعتاق عبده غير المميز فسرقه أصل الناذر أو وفرعه . . فقال : يقطع ؛ وعلله بأن شبهة استحقاق النفقة إنما تتعلق بالمال الذي لمالكه تصرف فيه ، ولا تصرف له في هـٰذا ، وإن لم يَزُل ملكه عنه ، وليس كالمستولدة وولدها ؛ لأن للمالك إجارتهما ، قال : ولم أر من تنبه له .

٥٠٦٤ـ قولهم : (**إن العبد لا يقطع بسرقة مال سيده**)[2] كذا مال أصل سيده أو فرعه .

٥٠٦٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٦] : (**وإن سرق أحد الزوجين من الآخر . . فقد قيل : يقطع ، وقيل : فيه أقوال :**

أحدها : يقطع ، والثاني : لا يقطع ، والثالث : يقطع الزوج دون الزوجة) **الأصح** : طريقة الأقوال ، **وأصحها** : القطع ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[3] ، ولا يخفىٰ تقييده بأن يكون محرزاً عنه ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : الذي عندنا : أن **مذهب الشافعي في ذلك** : أنه لا قطع علىٰ واحد منهما ؛ لاختياره له ، وبسط دليله ، وذكر مقابله مختصراً من غير إقامة دليل ولا بسط ، وإن كان **الأرجح في القياس** : أن يقطع الزوج دون الزوجة .

٥٠٦٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٦] : (**ومن سرق مالاً فيه شبهة ؛ كمالِ بيت المال . . لم يقطع**) محله : فيما إذا كان السارق مسلماً والمسروق لم يفرز لطائفة معينة ، ويرد ذلك علىٰ قول « الحاوي » [ص ٥٩٠] : (**والفقير من بيت المال والغني من المصالح**) ويزيد أمراً آخر ، وهو : أنه إنما فرق بين الغني **والفقير** ؛ لظنه أن مال الصدقات من أموال بيت المال ، فذكر أن **الفقير لا يقطع** بسرقة مال بيت المال مطلقاً ، وأن الغني لا يقطع به إذا كان من سهم المصالح ، وهو خمس الخمس ، ومال الصدقات ليس من أموال بيت المال ، ومال بيت المال شيئان : خمس خمس الغنيمة والفيء ، ومال من مات من المسلمين ولا وارث له مستغرق ، ولا فرق فيهما بين الغني والفقير ، وعبارة « المنهاج » [ص ٥٠٧] : (**ومن سرق مال بيت المال ؛ إن أفرز لطائفة ليس هو منهم . . قطع ، وإلا . . فالأصح : أنه إن كان له حق في المسروق ؛ كمال المصالح وكصدقةٍ وهو**

---

(١) التنبيه (ص ٢٤٦) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٦) ، و« الحاوي » (ص ٥٨٧) ، و« المنهاج » (ص ٥٠٧) .
(٣) الحاوي (ص ٥٨٧) ، المنهاج (ص ٥٠٧) .

فقيرٌ . . فلا ، وإلا . . قطع) ويرد عليه مما تقدم أمران :

أحدهما : اختصاص ذلك بالمسلم .

الثاني : أن مال الصدقة ليس من أموال بيت المال ، ويزيد أموراً أخر :

أحدها : أن ما ذكره فيما قرر لطائفة قال شيخنا الإمام البلقيني : محله : في طائفة لها مستحق مقدر بالأجزاء في مال مشاع بصفة ؛ كذوي القربىٰ واليتامىٰ والمساكين وابن السبيل والمقرر من الأخماس الأربعة من الفيء للمرتزقة تفريعاً علىٰ أنه ملكهم ، فأما إذا أفرز الإمام من سهم المصالح لطائفة من العلماء أو القضاة أو المؤذنين شيئاً من ذلك . . فلا أثر لهـٰذا الإفراز ؛ إذ لا سهم لهم مقدر يتولى الإمام إفرازه لهم ، والحكم فيه كما لو كان مشاعاً ، قال : ولم أر من تعرض له ، ولا بد منه .

ثانيها : في معنىٰ ما لو كان السارق ممن أفرز لهم ذلك المال : ما لو كان أصلاً أو فرعاً أو عبداً لأحدهم ، وكذا كل من لا يقطع بسرقة مال بيت المال . . لا يقطع أصله ولا فرعه ولا عبده بسرقته منه .

ثالثها : يستثنىٰ من قطع الغني بأخذه من الصدقات : ما لو كان غارماً لإصلاح ذات البين أو غازياً ، وذلك يرد على « الحاوي » أيضاً .

٥٠٦٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٦] : **(وإن سرق القناديل أو الحصر** ـ أي : التي للمسجد ـ . . **فقد قيل : يقطع ، وقيل : لا يقطع) الأصح** : أنه لا يقطع ، ومحله : في القناديل التي تسرج دون التي للزينة ، فتلك يقطع بها ، وعلىٰ هـٰذا مشى « المنهاج » فقال [ص ٥٠٧] : **(والمذهب : قطعه بباب مسجد وجذعه لا حُصُرِهِ وقناديل تسرج)** لكن في تعبيره بالمذهب نظر ، ومحل ذلك : في المسلم ، أما الكافر : فيقطع بها بلا خلاف ، وقد دخل ذلك في قول « الحاوي » [ص ٥٨٧] : **(بلا شرك وحق)** فقوله بعد ذلك فيما يقطع فيه : **(ولمسجد)**[١] أراد به : الجذع والباب دون القناديل والحصر .

٥٠٦٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٦] : **(وإن سرق شيئاً موقوفاً . . فقد قيل : يقطع ، وقيل : لا يقطع) الأصح** : أنه يقطع ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[٢] ، والخلاف في نفس الموقوف ، فلو سرق غلة الوقف . . قطع قطعاً ، ولا يخفىٰ أن محله : فيما إذا لم يكن السارق من الموقوف عليهم ولا أصلاً لأحدهم ولا فرعاً ولا عبداً .

٥٠٦٩ـ قول « الحاوي » [ص ٥٨٩] : **(وأم ولد)** صوره « المنهاج » فقال [ص ٥٠٧] : **(سرقها**

---

(١) الحاوي (ص ٥٨٩) .

(٢) الحاوي (ص ٥٨٩) ، المنهاج (ص ٥٠٧) .

نائمة أو مجنونة) وإنما صور بذلك ؛ لأنها بالغ ، لكن ولدها من زوج أو زنا التابع لأمه في العتق بموت السيد يجيء فيه الوجهان إذا كان صغيراً ، ويجريان في المنذور إعتاقه والموصىٰ بعتقه إذا سرق بعد موت السيد بشرط صغر أو نوم أو جنون .

٥٠٧٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٧] : (**الرابع : كونه محرزاً بملاحظةٍ أو حصانةِ موضعِهِ**) يقتضي الاكتفاء بالحصانة بلا ملاحظة ، وليس كذلك ؛ فقد قال بعده : (**وإن كان بحصن . . كفىٰ لَحْظٌ معتادٌ**)[1] فدل علىٰ أن اعتبار اللحظ لا بد منه إلا أنه يحتاج في غير الحصن إلىٰ دوامه ، ويكتفىٰ في الحصن بالمعتاد ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٥٨٧] : (**بلحاظٍ مبالىً به دائم في الصحراء ، أو معتادٍ بحصانةٍ**) وأورد شيخنا البلقيني : أن الإحراز يكون بثالث غير الملاحظة والحصانة ، وهو ما نزل منزلة الملاحظة ، وذلك في النائم علىٰ ثوبه ؛ فإنه لا ملاحظة منه ، وليس الثوب بموضع حصين ، ولكن نُزِّل نومه عليه منزلة ملاحظته .

ويكفي في جواب هـٰذا الإيراد قوله : (إنه منزل منزلة الملاحظة) فالتعبير بالملاحظة يغني عن ذكر ما نُزِّل منزلتها .

٥٠٧١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٧] : (**فإن كان بصحراء أو مسجد . . اشترط دوام لحاظٍ**) و« الحاوي » [ص ٥٨٧] : (**بلحاظ مبالىً به دائم في الصحراء والشارع والمسجد والسكة المنسدة**) يقتضي أن الفترات العارضة للإنسان في العادة تقدح في هـٰذا اللحاظ ، فلو تغفله وأخذ في تلك الفترة . . لم يقطع ، **والمشهور** : أن ذلك لا يقدح ، وأن السارق منه يقطع ؛ فينبغي التعبير باللحاظ المعتاد في مثله .

٥٠٧٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٧] : (**وإصطبلٌ حرز دواب لا آنيةٍ وثيابٍ**) كقول « الحاوي » [ص ٥٨٨] : (**كدابة الإصطبل**) وفيه أمور :

أحدها : أنه لو عبر بالفاء فقال : (فإصطبل) . . لكان أحسن ؛ لأنه أخذ في تفصيل ما أجمله أولاً .

ثانيها : اختار شيخنا الإمام البلقيني في الإصطبل أنه كالدار ، فيفصل فيه بين أن يكون متصلاً بالعمارة أم لا ، ويعود فيه ما سيأتي فيها .

ثالثها : استثنىٰ شيخنا الإمام البلقيني من الآنية والثياب : آنية الإصطبل كالسطل وثياب الغلام وآلات الدواب من سروج وبرادع ولجم ورجال جمال وقربة السقاء والراوية ونحو ذلك مما جرت العادة بوضعه في إصطبلات الدواب .

---

(١) المنهاج (ص ٥٠٧) .

٥٠٧٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٧] : (**وعرصة دارٍ وصُفَّتُها حرز آنية وثياب بذلة لا حلي ونقد**) كقول « الحاوي » [ص ٥٨٨] : (**وإناء الصحن كثوب البذلة**) اختار شيخنا الإمام البلقيني أنهما حرز للحلي والنقود أيضاً ، وتمسك بإطلاق قول الشافعي رضي الله عنه في « الأم » و« المختصر » : (والبيوت المغلقة حرز لما فيها)[١] ، قال : وعليه جرى الشيخ أبو حامد ، **وهو المذهب المعتمد** ، قال : وإنما يتخذ الناس لنقودهم وحليهم حرزاً خاصاً غير الصفة من أجل عائلتهم لا من أجل السارق ، فالعادة أن الدار المحكمة الباب العالية البناء حرز لذلك وإن لم يوضع في خزانة أخرىٰ مغلقة .

٥٠٧٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٧] : (**ولو نام بصحراءَ أو مسجدٍ علىٰ ثوبٍ أو توسد متاعاً . . فمحرز**) فيه أمران :

أحدهما : التمثيل بالصحراء والمسجد يشعر بأن المراد : موضع مباح ، وكذا قيده به الشافعي رضي الله عنه والقاضي حسين كما حكاه شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : وهـٰذا قد يفهم من الكلام في الغاصب ، ولكن التنبيه عليه حسن .

ثانيهما : دخل في إطلاق المتاع ما لو كان فيه دراهم أو دنانير أو نحوها ، وقال الماوردي في هـٰذه الصورة : لا يكون وضعه تحت رأسه إذا نام حرزاً له حتىٰ يشده في وسطه[٢] ، وهو مقتضىٰ ما ذكره المصنف في الحلي والنقد في الصحن والصفة ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : ليس ذلك عندنا بمعتمد ، ولا فرق عندنا في ذلك ؛ فجميع ما يوضع تحت رأسه محرز به ؛ لأن المدرك في إحرازه أنه إذا جرّه السارق . . انتبه النائم ، وذلك يقتضي الاستواء ، وفي « أصل الروضة » : أنه لو أخذ الخاتم من إصبع النائم . . قطع[٣] ، ولم يفرق بين خاتم وخاتم ، وقد يكون فيه فص يساوي ألفاً أو أكثر .

٥٠٧٥ـ قوله : (**فلو انقلب فزال عنه . . فلا**)[٤] يشمل ما لو كان انقلابه عنه بفعل السارق ؛ بأن رفعه عن الثوب أولاً ثم سرقه ، وبذلك صرح في « الروضة » وأصلها[٥] ، لكن قال شيخنا الإمام البلقيني : إنه ممنوع لم يسبق البغوي إليه أحد ؛ فإن السارق إذا أزال الحرز بالنقب والفتح ونحوهما ، ثم سرق . . يقطع اتفاقاً ، ولم يقل أحد بأنه إنما يقطع إذا سرق مع قيام الحرز ، فبطل ما قاله البغوي ؛ لإفضائه إلىٰ مخالفة ما اتفقوا عليه ، وذكر شيخنا أيضاً : أن مقتضىٰ عبارة

---

(١) الأم (٦/١٤٩) ، مختصر المزني (ص ٢٦٣) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/٢٨٧) .
(٣) الروضة (١٠/١٢٢) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥٠٧) .
(٥) فتح العزيز (١١/١٩٧) ، الروضة (١٠/١٢٢) .

« المنهاج » في هٰذه الصورة : القطع ؛ لأنه أطلق الحرز فيما توسد عليه ، ولم يخرج عنه إلا صورة الانقلاب .

قلت : وفيه نظر ؛ لأن الانقلاب قد يكون بغير فعل أحد ، وقد يكون بفعل فاعل ؛ إما السارق وإما غيره ، **فالحق** : أن مقتضىٰ عبارة « المنهاج » في ذلك كـ« الروضة » ، والله أعلم .

٥٠٧٦ـ قوله : (**وثوب ومتاع وضعه بقربه بصحراء إن لاحظه . . محرز ، وإلا . . فلا**)[١] فيه أمور :

أحدها : أن هٰذا مكرر تقدم ذكره في قوله : (**فإن كان بصحراء أو مسجد . . اشترط دوام لحاظ**)[٢] .

ثانيها : لم يقيد « الحاوي » ذلك بكونه بقربه[٣] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : مقتضىٰ نصوص الشافعي وكلام أصحابه : أنه يكتفي بأن ينظر إليه من غير اعتبار القرب .

ثالثها : إنما يكتفي بالملاحظة إذا لم يكن هناك زحام شاغل ، وقد ذكره « الحاوي »[٤] ولعله مفهوم من تعبير « المنهاج » بالصحراء ؛ لأن الغالب خلو الصحاري .

رابعها : قال شيخنا الإمام البلقيني : شرط الملاحظة : كون الملاحظ بحيث يراه السارق حتىٰ يمتنع من السرقة إلا بتغفله ، فإن كان في موضع لا يراه السارق . . فلا قطع ؛ إذ لا حرز يظهر للسارق حتىٰ يمتنع من السرقة .

٥٠٧٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٧] : (**ودار منفصلةٌ عن العمارة إن كان بها قويٌّ يقظان . . حرز مع فتح الباب وإغلاقه ، وإلا . . فلا**) يقتضي أنه إذا كان فيها قوي نائم والباب مغلق . . ليست حرزاً ، وهو مقتضىٰ إطلاق الإمام والبغوي[٥] ، لكن الذي أجاب به الشيخ أبو حامد ومتابعوه أنها حرز ، وهو مقتضىٰ قول « الحاوي » [ص ٥٨٨] : (**وبحافظ بلا فتح ونوم**) لأنه لم يخرجها عن الحرز إلا عند اجتماع الأمرين ، وقال الرافعي في « الشرح الصغير » : إنه **أقرب** ، وفي « زيادة الروضة » : إنه **أقوىٰ**[٦] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : هو **الأرجح** في الفتوىٰ ، وقد نص في « الأم » فيما إذا نزل في صحراء فضرب فسطاطاً وآوىٰ فيه متاعه واضطجع فيه ؛ فإن سُرق الفسطاط أو المتاع من جوف

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٠٧) .
(٢) المنهاج (ص ٥٠٧) .
(٣) الحاوي (ص ٥٨٧) .
(٤) الحاوي (ص ٥٨٧) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٧/٢٢٨) ، و« التهذيب » (٧/٣٦٧) .
(٦) الروضة (١٠/١٢٣) .

الفسطاط . . فأقطعُ فيه ؛ لأن اضطجاعه فيه حرز للمتاع والفسطاط[1] ، وسيأتي في « المنهاج » في الخيمة بالصحراء أنها إذا شُدّت أطنابها وأرخيت أذيالها . . فالمتاع الذي فيها محرز بشرط حافظ قوي فيها ولو نائم[2] ، ولا يقال : الخيمة لا توضع للدوام في الصحراء ، بخلاف الدار ؛ لأن أهل الخيام قد لا يظعنون صيفاً ولا شتاء ، والحكم مستمر فيهم ، ثم استثنىٰ شيخنا من موضع الخلاف . . الدواب ؛ فإنها محرزة في الدار التي فيها حافظ قوي نائم والباب مغلق .

٥٠٧٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٥] : (**فإن سرق الثياب والجواهر ودونها أقفال في العمران . . قطع**) يتناول ما إذا لم يكن فيها أحد ، ومحله حينئذ : في النهار زمن الأمن ، وقد ذكره « المنهاج » فقال [ص ٥٠٧] : (**ومتصلة حرز مع إغلاقه وحافظ ولو نائم ، ومع فتحه ونومه غير حرز ليلاً ، وكذا نهاراً في الأصح ، وكذا يقظان تَغفَّله سارق في الأصح ، فإن خلت . . فالمذهب : أنها حرز نهاراً زمن أمن وإغلاقه ، فإن فقد شرط . . فلا**) وعبارة « الحاوي » [ص ٥٨٧ ، ٥٨٨] : (**كدار وغلقت نهاراً**) أي : زمن أمن ، وذكر شيخنا الإمام البلقيني : أن هـٰذا شذ به البغوي ، فتابعه عليه الرافعي والنووي[3] ، قال : والذي نص عليه الشافعي رضي الله عنه في « الأم » و« المختصر » وجرىٰ عليه شراح « المختصر » : أن المغلقة حرز وإن لم يكن صاحبها فيها[4] ، ولا فرق في ذلك بين الليل والنهار ، ولا بين الأمن والخوف ، وقال في « التوشيح » فيما لو أغلق بابه ووضع المفتاح في بخش فأخذه السارق وفتح به الباب وسرق : الظاهر أن وضع المفتاح هنا تفريط فيكون شبهة تدرأ القطع ، قال : ولم أجد المسألة منصوصة ، فإن صحت . . وجب استثناؤها من قولهم : إن الدار المغلقة نهاراً حرز ، وفي عبارة « المنهاج » مع ذلك أمور :

أحدها : كان ينبغي أن يقول : (ولو نائماً) علىٰ أنه خبر كان المحذوفة بعد لو .

ثانيها : يستثنىٰ من فتح الباب مع نوم الحارس : ما إذا كان فيها بيت مغلق . . فهو حرز لما فيه كما حكاه الشيخ أبو حامد عن أبي إسحاق المروزي ، ولم يتعقبه ، وجزم به ابن الصباغ في « الشامل » والقاضي حسين في « تعليقه » ، وقد يقال بعد تسليمه : إنه لا يرد ؛ لأن باب ما جعلناه في حرز ليس مفتوحاً .

ثالثها : يستثنىٰ من الصورة المذكورة أيضاً : باب الدار ؛ فهو بتركيبه في حرز وإن لم يكن في الدار أحد ، حكاه أبو حامد عن أبي إسحاق ، وجزم به ابن الصباغ والقاضي حسين ، ونفى الدارمي

---

(١) الأم (١٤٨/٦) .

(٢) المنهاج (ص ٥٠٨) .

(٣) انظر « التهذيب » (٣٦٧/٧) ، و« فتح العزيز » (١٩٩/١١) ، و« الروضة » (١٢٤/١٠) .

(٤) الأم (١٤٩/٦) ، مختصر المزني (ص ٢٦٣) .

الخلاف فيه ، فأما أبواب التي داخله ؛ فإن كانت مغلقة . . فهي في حرز ، وإن كانت مفتوحة . . فقال ابن المرزبان : هي في حرز ، وقال أبو إسحاق : ليست في حرز ، حكاه عنهما الدارمي .

رابعها : ألحق شيخنا الإمام البلقيني بإغلاق الباب ما إذا كان مردوداً وخلفه نائم بحيث لو فتح . . لأصابه ، وانتبه ، وقال : إنه أبلغ من الضبة والمتراس ، قال : وكذا لو كان نائماً أمام الباب بحيث لو فتح . . لانتبه بصريره ، وفي « الاستذكار » للدارمي : فإن نام علىٰ باب مفتوح . . فحرز إذا كان له صرير .

خامسها : أورد شيخنا المذكور أيضاً أن الليل يدخل بغروب الشمس ، وينبغي أن يكون لساعة أو ساعتين من أوله حكم النهار في جريان الخلاف ؛ لاطراد العادة بفتح الباب فيه .

سادسها : رجح شيخنا المذكور : أنها مع نومه وفتحه حرز نهاراً إذا سرق من الموضع الذي فيه النائم بحيث يراه لو كان منتبهاً ؛ لأنه يعد عند العامة حرزاً ، وقد قال الشافعي رضي الله عنه : أنظر إلى المسروق ، فإن كان في الموضع الذي تنسبه العامة إلىٰ أنه في مثل ذلك الموضع محرز . . فأقطع فيه[1] .

سابعها : محل الخلاف : في اليقظان الذي تغفّله سارق : ما إذا لم تدم الملاحظة ، بل كان يتردد في الدار ، فلو أدامها بحيث يحصل الإحراز بمثله في الصحراء . . فحرز قطعاً ، كذا في « أصل الروضة »[2] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : إن نفي الخلاف ممنوع ؛ ففي تمام الملاحظة وجه بالقطع ، وهو آتٍ هنا .

ثامنها : أورد شيخنا أيضاً علىٰ قوله في الخالية : (**نهاراً زمن أمن**)[3] أن من الغروب إلىٰ ساعة ونحوها في انتشار الناس في حكم النهار ، ومن طلوع الفجر إلىٰ قريب الأسفار في حكم الليل كما تقدم عنه نظيره في الأمر الخامس .

٥٠٧٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٨] : (**وخيمة بصحراء إن لم تشد أطنابها وترخىٰ أذيالها . . فهي وما فيها كمتاعٍ بصحراء ، وإلا . . فمحرز بشرط حافظ قوي فيها ولو نائم**) فيه أمور :

أحدها : أن اعتبار شد الأطناب وإرخاء الأذيال إنما هو بالنسبة لما فيها ، فأما بالنسبة إليها . . فهي محرزه بدون إرخاء الأذيال ، كما ذكره في « الروضة » وأصلها[4] ، وهـٰذا وارد أيضاً علىٰ قول « الحاوي » [ص ٥٨٨] : (**وخيمة بإرسال أذيال وشد أطناب**) .

---

(١) انظر « الأم » (٦/١٤٨) .
(٢) الروضة (١٠/١٢٤) .
(٣) المنهاج (ص ٥٠٧) .
(٤) فتح العزيز (١١/٢٠٢) ، الروضة (١٠/١٢٧) .

ثانيها : أنه اعتبر في الحافظ كونه قوياً ، وليس ذلك في « المحرر » ، وعبارة « الروضة » وأصلها تقتضي أنه يشترط إما القوة وإما إمكان الاستغاثة ؛ فإنه قال : قال الأئمة : والشرط أن يكون هناك من يتقوىٰ به ؛ أي : من هو فيها ، فإن كانت في مفازة بعيدة عن الغوث وهو ممن لا يبالي به . . فليست بحرز[1] ، وأطلق « الحاوي » الحافظ اعتماداً علىٰ ما فهم من قوله : (**بلحاظ مبالاً به**)[2] من كونه لا بد أن يكون مبالاً به إما بقوة أو باستغاثة .

ثالثها : أنه اعتبر كون الحافظ فيها ، وذلك غير مشترط ؛ ولذلك أطلقه « الحاوي » كما تقدم ، بل يكتفي بكونه بقربها ولو كان نائماً ، فإن كان مستيقظاً . . لم يعتبر القرب ، بل يكفي أن يكون في موضع تحصل منه الملاحظة ويراه السارق بحيث ينزجر به .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وهو جلي ، وقال شيخنا ابن النقيب في قوله : (**ولو نائم**) : أي : سواء نام فيها أو بقربها ، كذا في « الروضة » ، وينبغي أن يكون جلوس المستيقظ بقربها أولىٰ ، وعبارة « الروضة » لا تعطيه ؛ فإنه قال : فإن كان صاحبها في نفسها مستيقظاً أو نائماً أو نام بقربها . . قطع بسرقتها أو سرقة ما فيها . انتهىٰ[3] .

ففهم أن النوم بقربها للاحتراز عن الاستيقاظ بقربها ، وهو فهم عجيب ؛ وإنما هو للاحتراز عن الاستيقاظ بالبعد منها ؛ فإنه كاف بالشرط المتقدم ، والله أعلم .

فإن قلت : كيف أطلق « الحاوي » الحافظ وفيه هـٰذا التفصيل ؟

قلت : قد يقال : لا يكون حافظاً في العرف إلا بهـٰذا التفصيل ، ويرد على « الحاوي » : أنه أطلق هـٰذا الحكم في الخيمة ، ومحله : في الصحراء ، فأما الخيمة المضروبة في العمارة . . فكمتاع بين يديه في السوق .

٥٠٨٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٨] : (**وماشية بأبنية مغلقة متصلة بالعمارة محرزة بلا حافظ**) ، و« الحاوي » [ص ٥٨٨] : (**وماشية ببناء مغلق متصل بالعمارة**) أطلقاه هنا ، وقيداه في الدار المتصلة بالعمارة ؛ بأن يكون نهاراً ، وقيده « المنهاج » أيضاً بأن يكون زمن أمن ، ولا يظهر بينهما فرق ؛ ولذلك رجح شيخنا في تلك الإطلاق كما تقدم .

٥٠٨١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٥] : (**أو الجمال من الرعي ومعها راع**) شرطه : أن يراها ، كما صرح به « المنهاج » فقال [ص ٥٠٨] : (**وإبل بصحراء محررة بحافظ يراها**) أي : فإن لم ير بعضها لكونه في وهدة أو خلف جبل . . فذلك البعض غير محرز ، ولو نام أو تشاغل عنها . . لم تكن

---

(١) فتح العزيز (١١/ ٢٠٢) ، الروضة (١٠/ ١٢٧) .

(٢) الحاوي (ص ٥٨٧) .

(٣) السراج علىٰ نكت المنهاج (٧/ ٣٣٥ ، ٣٣٦) ، وانظر « الروضة » (١٠/ ١٢٧) .

محرزة ، ولو لم يبلغ صوته جميعها . . ففي « المهذب » وغيره : أن ما لم يبلغه صوته غير محرز[١] ، وسكت آخرون عن اعتبار الصوت اكتفاء بالنظر ؛ لأنه إذا قصد ما يراه . . أمكنه العدو إليه ، وفي « الشرح الصغير » : الأشبه الاكتفاء بالرؤية .

قال شيخنا الإمام البلقيني : ويخرج من هـٰذا الكلام اعتبار أن تكون الإبل في موضع بحيث يمكنه العدو إلىٰ قاصدها ليأخذ منها ودفعه عن مقصوده ، والخيل والبغال والحمير في المرعىٰ كالإبل ، وكذا الغنم إذا ارتفع الراعي بحيث يراها ويبلغها صوته وإن تفرقت ؛ ولهـٰذا عبر « الحاوي » بالماشية[٢] .

٥٠٨٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٨] : (**ومقطورة يُشترط التفات قائدها إليها كل ساعة بحيث يراها ، وألا يزيد قطار علىٰ تسعة**) فيه أمور :

أحدها : لم يذكر « الحاوي » اشتراط التفاته كل ساعة ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : لم يعتبره الشافعي رضي الله عنه ، وهو مشق على القائد ، فلا يعتبر ، ويكفي في خوف السارق أن يتوقع التفاته ، فيمتنع لهـٰذا التوقع .

ثانيها : وبتقدير اعتباره . . فيستثنىٰ منه : ما إذا كان في ممر الناس من الأسواق وغيرها . . فيكفي في إحرازه رؤية الناس ، ولا يحتاج لالتفات ، كما صرح به في « النهاية »[٣] .

ثالثها : اعتبار تسعة بتقديم التاء مشىٰ عليه « الحاوي » أيضاً[٤] ، وفي « مشكل الوسيط » لابن الصلاح : **أن الأصح** : أنه سبعة بسين ثم باء موحدة ، وعليه أهل العرف[٥] ، **والأصح** في « أصل الروضة » : توسط ذكره السرخسي : أنه في الصحراء لا يتقيد القطار بعدد ، وفي العمران تعتبر العادة ، وهي من سبعة إلىٰ عشرة ، فإن زاد . . فالزيادة غير محرزة[٦] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : لم يعتبر ذلك الشافعي رضي الله عنه في شيء من كتبه ولا جمع كثير من الأصحاب منهم الشيخ أبو حامد وأتباعه ، وقال القاضي حسين : ولو كان في فضاء مستو وطول القطار وجرت العادة بالواحد يفعل ذلك . . فذلك حرز لها ، وقال الماوردي : الأغلب أنه يكون في ثلاثة من الإبل، فإن تجاوزت . . فإلىٰ أربعة، وغايته خمسة إن كان في الجمال فضل جلد وشهامة[٧] .

---

(١) المهذب (٢/ ٢٧٩) .
(٢) الحاوي (ص ٥٨٨) .
(٣) نهاية المطلب (١٧/ ٢٣٠) .
(٤) الحاوي (ص ٥٨٨) .
(٥) مشكل الوسيط (٦/ ٤٦٩) .
(٦) الروضة (١٠/ ١٢٨ ، ١٢٩) .
(٧) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/ ٢٨٣) .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وهـٰذا له وجه ، قال : وظهر بذلك أن التقييد بالتسع أو السبع ليس بمعتمد . انتهىٰ

وقيد « الحاوي » ذلك تبعاً لـ« الوجيز » بقوله : (**في صحراء خالية ؛ وسكة مستوية**)[1] وقال الرافعي : اعتبر ـ أي « الوجيز » ـ كون الصحراء خالية ؛ إشارة إلىٰ أنه لو كان في المارة كثرة . . حصل الإحراز بنظرهم ، وقوله : (**وسكة مستوية**) ليقع نظره على الكل إذا لاحظ ؛ أي : فإن لم ير البعض ؛ لحائل . . فذلك البعض غير محرز[2] .

٥٠٨٣ـ قول « الحاوي » [ص ٥٨٨ ، ٥٨٩] : (**وإلا واحدٌ**) قال صاحبا « التعليقة » و« المصباح » : أي : وإن لم يكن في صحراء خالية ولا سكة مستوية . . فالمحرز منها واحد .

قال في « المصباح » : وهو البعض الذي في نظر القائد .

وقال في « الوجيز » : إن كان يلاحظ ما وراءه . . فالمحرز بالقائد الأول[3] .

وقال في « التعليقة » : المراد من الصحراء : الموضع المنبسط الواسع ، قال : وقد شرط فيها الخلو عن زحمة الزاحمين ، ولم يشترط ذلك في السكة ؛ لأن الغالب فيها الخلو عن الزحمة ، فذكر الصحراء مثالاً لما يغلب فيه الخلو عن الزحمة ، وهـٰذا خلاف ما ذكره الرافعي في اعتبار كون الصحراء خالية[4] .

٥٠٨٤ـ قوله : (**وبالراكب مركوبه وما أمامه وواحد خلفه**)[5] تبع فيه الغزالي[6] ، وهو مذهب أبي حنيفة كما نقله الرافعي عنه ، ونقل عن **المذهب** : أنه لما بين يديه كسائق ولما خلفه كقائد[7] ، فينبغي أن محل كلام « الوجيز » و« الحاوي » : علىٰ ما إذا لم يلاحظ ما وراءه ، أو يكون المراد بقوله : (**وواحد خلفه**) : أي : فأكثر .

٥٠٨٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٨] : (**وغير مقطورة ليست محرزة في الأصح**) هو مفهوم من قول « الحاوي » [ص ٥٨٨] : (**والقطار تسعة بالقائد**) فإن معناه : أن القطار وهو تسعة محرز بالقائد ، فدل علىٰ أنه لا يحصل الإحراز إلا بالتقطير ، وحكىٰ هـٰذا في « أصل الروضة » عن قطع البغوي ، قال : وسوىٰ صاحب « الإفصاح » بين المقطورة وغيرها ، وبه أخذ الروياني[8] .

---

(١) الوجيز (٢/١٧٣) ، الحاوي (ص ٥٨٨) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١١/٢٠٤) .
(٣) الوجيز (٢/١٧٣) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١١/٢٠٤) .
(٥) انظر « الحاوي » (ص ٥٨٩) .
(٦) انظر « الوجيز » (٢/١٧٣) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (١١/٢٠٣) .
(٨) الروضة (١٠/١٢٨) ، وانظر « التهذيب » (٧/٣٦٤) .

قال في « الشرح الصغير » : وهي أولىٰ .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : **الأصح** : أنها محرزة إذا كان سائقها حافظاً لها ، ولا فرق بين أن يكون في صحراء أو بنيان ، قال : وقد جرت عادة العرب في الصحاري والأبنية بسوق إبلهم من غير تقطير .

وقال في « المهمات » : **الفتوىٰ** على الأول ؛ فقد نص عليه في « الأم » ، فقال : وأي إبل كانت لرجل تسير وهو يقودها ، فيقطر بعضها إلىٰ بعض ، فسرق منها أو مما عليها شيء . . قطع فيه ، ثم قال بعد ذلك : فلو اضطجع مضطجع في صحراء ووضع ثوبه بين يديه أو أرسل رجل إبله ترعىٰ أو تمضي على الطريق ليست مقطرة ، فسرق من هـٰذا شيء . . لم يقطع ؛ لأن العامة لا ترىٰ هـٰذا حرزاً[1] .

٥٠٨٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٥] : (**أو الكفن من القبر**) قيده « المنهاج » بأن يكون ببيت ، وكذا بمقبرة بطرف عمارة في **الأصح** ، لا بمضيعة **في الأصح**[2] ، وكذا قال « الحاوي » [ص ٥٨٩] : (**والكفن الشرعي لا بقبر ضائع**) وفي « المحرر » و« الشرح الصغير » : إنه **الأظهر**[3] ، والذي في « الروضة » وأصلها : قطع به صاحب « المهذب » والغزالي ، وعزاه الإمام إلىٰ جماهير الأصحاب ، واختار مقابله القفال والقاضي حسين ، **ورجحه العبادي**[4] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ليس هـٰذا التقييد في كلام الشافعي ، وممن جرىٰ علىٰ ظاهر النص الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والبندنيجي والشيخ في « التنبيه » وابن الصباغ في « الشامل » ، **وهو الذي يعتمد في الفتوىٰ** ، وإن كان الغزالي ضعفه ، ثم في كلام « المنهاج » أمور :

أحدها : أنه يوهم التسوية في الحكم بين المحرز ببيت والذي بمقبرة بطرف عمارة ، مع أن الأول يقطع به ، وإن زاد علىٰ خمسة أثواب ، بل لا يختص ذلك بالكفن ؛ فغيره من الثياب والدراهم والجواهر وغيرها محرزة فيه أيضاً ، بخلاف الثاني ؛ فإنه ليس حرزاً لما زاد على الأثواب الخمسة التي تلي الميت **على الأصح** ؛ ولذلك قيده « الحاوي » بالشرعي[5] ، وإطلاقه مدخول ؛ لورود القسم الأول عليه ، إلا أن يقال : إن كلامه فيما ليس بحرز إلا للكفن ، والأول حرز مطلقاً ، وقال أبو الفرج الزاز : لو غالىٰ في الكفن بحيث جرت العادة ألاَّ يخلىٰ مثل ذلك بغير حارس . . لا قطع علىٰ سارقه .

---

(١) الأم (١٤٨/٦ ، ١٤٩) .

(٢) المنهاج (ص ٥٠٨) .

(٣) المحرر (ص ٤٣٥) .

(٤) فتح العزيز (٢٠٥/١١) ، الروضة (١٣٠/١٠) ، وانظر « نهاية المطلب » (٥٦/١٧) ، و« المهذب » (٢٧٨/٢) ، و« الوجيز » (١٧٣/٢) .

(٥) الحاوي (ص ٥٨٩) .

ثانيها : محل الوجهين في المقبرة بطرف العمارة ألاَّ يكون لها حارس ، فإن كان.. وجب القطع .

ثالثها : قيد الماوردي القبر بأن يكون عميقاً علىٰ معهود القبور ، فإن دفن قريباً من ظاهر الأرض.. لم يقطع[1] ، ويخالفه قول البغوي في « فتاويه » : أنه لو وضع علىٰ وجه الأرض ووضعت الحجارة عليه.. فهو كالدفن حتىٰ يقطع بسرقة الكفن خصوصاً ما إذا كان الحفر متعذراً ، وفي زيادة « الروضة » : ينبغي ألاَّ يقطع إذا لم يتعذر الحفر ؛ لأنه ليس بدفن[2] .

ولو طرح على الأرض فسفت الريح التراب عليه.. لم يقطع ؛ لأنه لا يسمىٰ دفناً ، قال الرافعي : وقد يتوقف في هٰذا[3] .

٥٠٨٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٥] : (**وإن سرق المتاع من الدكاكين وفي السوق حارس.. قطع**) محله : في الليل ، واستثنىٰ منه الماوردي زمن انتشار الفساد وقلة الأمن.. فلا تكون حوانيت البزازين والصيارف حرزاً فيه لأموالهم ليلاً ، بل ينقلونها إلىٰ منازلهم أو خاناتهم ، حكاه عنه في « الكفاية » ، ولم يعترضه[4] .

٥٠٨٨ـ قوله : (**أو سرق الثياب من الحمام وهناك حافظ**)[5] له شروط :

أحدها : استحفاظ الحارس .

والثاني : أن يدخل السارق للسرقة ، فلو دخل على العادة ثم سرق.. فلا قطع ، ذكرهما في « أصل الروضة » ناقلاً للأول عن البغوي وغيره من غير مخالفة[6] ، وعبر شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » عن اشتراطهما بلفظ : **الصواب**[7] ، ويرد عليه : أن البغوي قال في « فتاوىٰ شيخه القاضي حسين » بعد نقله عن الأصحاب اشتراط الاستحفاظ : **الأصح** : تضمنينه وإن لم يستحفظ للعادة ؛ فيكون الذي في « التهذيب » حكاية المذهب ، **والمختار** عنده خلافه .

والثالث : أن يخرج السارق الثياب من الحمام ، حكاه في « الروضة » في آخر الباب عن « فتاوى الغزالي »[8] .

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/ ٣١٧) .

(٢) الروضة (١٠/ ١٥٣) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٢٤٨) .

(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/ ٢٨٨) .

(٥) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٥) .

(٦) الروضة (١٠/ ١٤١) ، وانظر « التهذيب » (٧/ ٣٦٨) .

(٧) تذكرة النبيه (٣/ ٤٧٤) .

(٨) الروضة (١٠/ ١٥٣) ، وانظر « فتاوى الغزالي » (ص ١١١ ، ١١٢) مسألة (١٥٥) .



[فيما يمنع القطع وما لا يمنعه]

٥٠٨٩ـ كذا في « المنهاج »[1] ، وكان ينبغي تأخيره إلىٰ قوله : (**ولا يُقطع مختلس**)[2] لأنه أول الركن الثاني ، ويذكر ما قبل ذلك من المسائل في الفصل الذي قبله .

٥٠٩٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٨] : (**يقطع مؤجر الحرز**) فيه أمران :

أحدهما : علله الرافعي بأن المنافع مستحقة للمستأجر ، قال : وفيه إعلام بأن التصوير فيمن استحق بالإجارة إيواء المتاع ، دون من استأجر لزراعة فآوىٰ إليها ماشيته مثلاً[3] .

وقال ابن الرفعة : إن فيه نظراً .

قال في « التوشيح » : ولعل وجهه أن اليد على الحرز للمستأجر ولا حق للمؤجر في تلك المدة ، بل هو كالأجنبي ، فلا فرق بين أن يستحق المستأجر إيواء المتاع أم لا ، وليس لغاصب الحرز ؛ فإنه لا يد له عليه . انتهىٰ .

ونازع شيخنا الإمام البلقيني في هـٰذا المثال ، وقال : العادة تقضي بأن من استأجر للزراعة . . يدخل فيها هو ومواشيه ورجاله وآلاته ، وذلك لا منع منه قطعاً ، فيقطع المؤجر بسرقته قطعاً إذا كان محرزاً ؛ فلذلك مثله في « تصحيح المنهاج » بما لو استأجر موضعاً لزرع الحنطة مثلاً ، فغرس فيه أشجاراً ، فدخل المالك فسرق منها . . فإنه لا يقطع ؛ لأن ذلك الغراس ليس محرزاً لاستحقاقه القطع .

ثانيهما : قال شيخنا الإمام البلقيني : محله : فيما إذا لم يثبت له خيار الفسخ بطريق معتبر ، فإن ثبت علىٰ وجه لا يبطل بالتأخير ؛ كما لو بلغه ليلاً إفلاس المستأجر ، فسرق تلك الليلة من الحرز . . ففيه خلاف المعير ؛ لتمكنه من فسخ الإجارة كما أن المعير متمكن من الرجوع في العارية ، قال : ولم أر من تعرض له .

٥٠٩١ـ قوله : (**وكذا معيره في الأصح**)[4] كان ينبغي أن يقول : (**على المنصوص**) كما في « التنبيه »[5] فقد نص عليه في « الأم » و« المختصر » ، ثم فيه أمران :

أحدهما : محل الخلاف في عارية له الرجوع فيها ، فإن كانت لازمة يمتنع الرجوع فيها . . قطع قطعاً ؛ كالمؤجر الذي لا يتمكن من فسخ الإجارة .

---

(١) المنهاج (ص ٥٠٨) .
(٢) المنهاج (ص ٥٠٨) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١١/٢٠٨) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥٠٨) .
(٥) التنبيه (ص ٢٤٥) .

ثانيهما : لو استعمله المستعير في غير المأذون فيه ؛ كأن استعار للزرع ، فغرس ، فسرق المعير من الغراس . . لم يقطع على **الأصح** كما تقدم في صورة المؤجر .

واعلم : أن في معنىٰ دوام الإجارة والعارية : ما إذا انقضتا لكن لم يتمكن المستأجر والمعير من الانتقال والتفريغ ، فأما بعد التمكن والتفريط في الانتقال . . **فلا قطع على المالك في الأصح** ؛ لأنهما صارا غاصبين ، فدخل ذلك في قولهم : (**ولو غصب حرزاً . . لم يقطع مالكه**) .

٥٠٩٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٦] : (**وإن سرق المغصوب منه من مال الغاصب من الحرز المغصوب ، أو المسروق منه من مال السارق . . فقد قيل : يقطع ، وقيل : لا يقطع**) **الأصح** : أنه لا يقطع ، وبه جزم « المنهاج » و« الحاوي »[1] ، وقال في « الكفاية » : إنه الذي أورده الماوردي والقاضي أبو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ والفوراني والإمام وصاحب « الكافي » والرافعي ، وادعى الإمام أنه مما لا شك فيه ، ولم أر ما يخالفه في شيء مما وقفت عليه . انتهىٰ[2]

قال في « التوشيح » : ولك أن تقول : تصريح الشيخ بحكايته وجهاً كاف ، وقد أتى النووي في « التصحيح » بلفظ : أن **الأصح** : عدم القطع ؛ فدل علىٰ أن مقابله وجه ، ولو كان مجزوماً به . . لقال : الصواب . انتهىٰ[3] .

وفهم من تقييد « التنبيه » محل الخلاف بأن يكون السارق المغصوب منه : أنه لو كان السارق أجنبياً . . قطع قطعاً ، وليس كذلك ، بل هـٰذه الصورة الثانية هي محل الخلاف في كلام الرافعي والنووي ، **والأصح** فيها في « المنهاج » : أنه لا قطع ، وعليه مشى « الحاوي »[4] .

٥٠٩٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٨] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٥٨٧] : (**ولو غصب مالاً وأحرزه بحرزه فسرق المالك منه مال الغاصب . . فلا قطع في الأصح**) قال شيخنا الإمام البلقيني : ليس بالأصح ، **والأصح** : أنه يقطع ؛ لئلا يؤدي إلىٰ أن من غصب من شخص فلساً ووضعه في حرزه الذي فيه النقود والحلي . . أن المالك يسرق جميع ما هنالك ولا يقطع ، وهـٰذا خرق عظيم ، لا يصار إليه ولا يعول عليه ؛ ويؤيده ما في « أصل الروضة » : أن صاحب الدين إذا أخذ مقداراً لا بقصد استيفاء الحق مع جحد المديون أو مطله . . قطع على **الأصح**[5] ، وأن الراهن أو المؤجر أو المعير أو المودع أو مالك القراض لو سرق مع مال نفسه نصاباً آخر لزمه القطع[6] ، وأما ما **صححه**

---

(١) الحاوي (ص ٥٨٧) ، المنهاج (ص ٥٠٨) .

(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٧/٢٤٩) ، و« الحاوي الكبير » (١٣/٣١٢) ، و« فتح العزيز » (١١/٢٠٩) .

(٣) تصحيح التنبيه (٢/٢٤٠) .

(٤) الحاوي (ص ٥٨٧) ، المنهاج (ص ٥٠٨) .

(٥) الروضة (١٠/١١٩) .

(٦) الروضة (١٠/١١٣ ، ١١٤)

في « الروضة » وأصلها : من أن المشتري إذا لم يقبض العين المعينة وأدىٰ ثمنها ؛ أنه إذا سرق معها مالاً آخر لم يقطع **في الأصح**[1] . . فهو نظير المصحح هنا، وهو غير معتمد، **والمعتمد** أنه يقطع .

٥٠٩٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٦] : **(وإن سرق الأجنبي المال المغصوب من الغاصب ، أو المسروق من السارق . . فقد قيل : يقطع ، وقيل : لا يقطع) الأصح** : أنه لا يقطع ، وعليه مشى « المنهاج »[2] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه ليس بمعتمد ، بل **الأصح** : أنه إن أخذه بنية السرقة . . قطع ، أو بنية رده علىٰ مالكه . . فلا قطع كما تقدم في صاحب الدين إذا أخذ لا بنية استيفاء الحق ، وقد جعل البغوي محل الوجهين : في غير أخذه بنية الرد على المالك ، وجزم فيها بعدم القطع[3]، وأشار الإمام وغيره إلىٰ بناء الخلاف علىٰ أن الأجانب هل لهم انتزاعه لمالكه حسبة؟[4] ومقتضىٰ هٰذا البناء : أنه إذا لم يكن معرضاً للضياع . . يقطع قطعاً ؛ لأنه يمتنع الأخذ قطعاً .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إن البناء المذكور غير صحيح ، **والأصح** : أنه يقطع وإن أجزنا له الأخذ ؛ لأنه لم يأخذه على القصد المذكور .

٥٠٩٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٦] : **(ولا قطع علىٰ من خان أو جحد)** يُسأل عن الفرق بينهما ؛ فإن الذي يظهر اتحادهما ، وقد اقتصر « المنهاج » على الجاحد[5] ، وقد فرق بينهما بأن الجاحد من ينكر أصل الوديعة ، والخائن من يأخذ بعضها ، وقد يقال : هو جحد في ذلك البعض .

٥٠٩٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٨] : **(ولو نقب وعاد في ليلة أخرىٰ فسرق . . قُطع في الأصح)** لا يخفىٰ أن محل الخلاف : ما إذا لم يُعَد الحرز ، فلو أعيد فسرق . . قُطع قطعاً ، وقد ذكر ذلك « المنهاج » فيما لو سرق نصاباً بدفعات ، فقال : **(فإن تخلل علم المالك وإعادة الحرز . . فالإخراج الثاني سرقة أخرىٰ)**[6] .

٥٠٩٧ـ قوله من زيادته : **(هٰذا إذا لم يعلم المالك النقب ولم يظهر للطارقين ، وإلا . . فلا يقطع قطعاً)**[7] فيه مخالفة لقوله في أول الباب : **(ولو أخرج نصاباً من حرز مرتين)**[8] فإن مقتضىٰ

---

(١) فتح العزيز (١١/ ١٨٠) ، الروضة (١٠/ ١١٤) .
(٢) المنهاج (ص ٥٠٨) .
(٣) انظر « التهذيب » (٧/ ٣٧٥) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٢٤٩) .
(٥) المنهاج (ص ٥٠٨) .
(٦) المنهاج (ص ٥٠٦) .
(٧) المنهاج (ص ٥٠٨) .
(٨) المنهاج (ص ٥٠٦) .

كلامه هنا : أن ظهور ذلك للطارقين كعلم المالك ، ومقتضىٰ كلامه هناك : خلافه ، وقد تقدم ما في ذلك هناك .

٥٠٩٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٥] : (**وإن نقب أحدهما ودخل الآخر فأخرج المتاع . . لم يقطع واحد منهما ، وقيل : فيه قولان كالمسألة قبلها ، وإن نقب واحد فانصرف وجاء آخر فسرق . . لم يقطع واحد منهما**) تناول الصورتين معاً قول « المنهاج » [ص ٥٠٨] : (**ولو نقب وأخرج غيره . . فلا قطع**) ويستثنىٰ من عدم قطع الثاني : ما لو كان في الحرز حافظ بقرب النقب يلاحظ المتاع . . فيقطع الآخذ ، إلا إن كان ذلك الحافظ نائماً **في الأصح** ، وقول « التنبيه » [ص ٢٤٥] : (**وقيل : فيه قولان كالمسألة قبلها**) أي : وهي : ما لو نقبا ودخل أحدهما فوضع المتاع في وسط النقب وأخذه الخارج ؛ مقتضاه : أن أحد القولين : أنهما يقطعان ، وجعل الرافعي هٰذه الطريقة حاكية للخلاف في قطع الثاني خاصة[1] ، ونسبه شيخنا الإمام البلقيني في ذلك إلى الوهم ، وليس كذلك ؛ فقد سبقه إليه الإمام[2] ، **ورجحه بعضهم** ، ولم يستحضر شيخنا الإمام البلقيني المسألة الثانية في « التنبيه » ، فذكرها بحثاً ، وقال : ينبغي أن يختص الخلاف فيها بقطع الثاني ، وقد عرفت النقل من « التنبيه » بالجزم في هٰذه الصورة بعدم قطع واحد منهما ، وأنه لا يأتي فيها تلك الطريقة ، وذكر ذلك صاحب « المعين » بحثاً ، وقال : لعل الخلاف إذا تواطأا علىٰ ذلك .

٥٠٩٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٨] : (**ولو تعاونا في النقب وانفرد أحدهما بالإخراج ، أو وضعه ناقب بقرب النقب فأخرجه آخر . . قُطع المخرج**) قد يفهم كلامه في الصورة الثانية أن المراد : أخرجه آخر لا مدخل له في النقب ، وليس كذلك ، بل المراد : أن يخرجه ناقب آخر ، فلو قال : (الآخر) بالتعريف . . لاندفع هٰذا الإيهام ، وحاصله : أنهما إذا تعاونا في النقب لإخراج أحدهما صورتان :

إحداهما : أن ينفرد أحدهما بالدخول ، فيدخل ، فيأخذ المال ويخرج به ، وهي قوله : (**وانفرد أحدهما بالإخراج**) .

والثانية : أن يدخل أحد الشريكين في النقب يده فيه فيخرج المال ، وهي قوله : (**فأخرجه آخر**) وبسبب[3] هٰذا الإيهام جعل في « المهمات » هٰذا مناقضاً لقول « المنهاج » قبله [ص ٥٠٨] : (**ولو نقب وأخرج غيره . . فلا قطع**) وقال : إذا لم يقطع فيما إذا كان هو الداخل والسارق . . فطريق الأولىٰ : ألاَّ يقطع مع عدم الدخول وتقريب الناقب له من النقب . انتهىٰ .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٢١٢) .

(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٢٣٤) .

(٣) في النسخ : (وسبب) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله أعلم .

وقد عرفت أن الصورتين لم يتواردا علىٰ محل واحد ، فتلك فيما إذا لم يكن للمخرج مدخل في النقب ، وهـٰذه فيما إذا كان له مدخل فيه ، وقوله : (**أو وضعه**) معطوف علىٰ قوله : (**وانفرد أحدهما بالإخراج**) فهو من تتمة مسألة التعاون في النقب ولو عبر بـ (الآخر) كما في « المحرر »[1] . . لزال هـٰذا الإيهام كما قدمته ، والله أعلم .

٥١٠٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٥] : (**وإن نقب رجلان فدخل أحدهما فأخذ المتاع ووضعه في وسط النقب وأخذه الخارج . . ففيه قولان ، أحدهما : يقطعان ، والثاني : لا يقطعان**) الأظهر : الثاني ، ومحل الخلاف : ما إذا ساوى المتاع نصابين ، وإلا . . فلا قطع قطعاً ، وعلىٰ ذلك مشى « المنهاج » فقال [ص ٥٠٩] : (**ولو وضعه بوسط نقبه فأخذه خارج وهو يساوي نصابين . . لم يقطعا في الأظهر**) وعبارته موهمة ؛ لأن المراد : أن الواضع له بوسط النقب منفرد بالنقب ، والآخذ الخارج لا مدخل له في النقب ، وليس كذلك ، وإنما أراد : أن الواضع له في النقب أحد الناقبين والخارج شريكه في النقب ، فهي من أحوال مسألة التعاون في النقب ، فكان ينبغي أن يقول : (ولو وضعه أحد الناقبين بوسط النقب فأخرجه الآخر) .

٥١٠١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٩] : (**ولو رماه إلىٰ خارج حرز . . قطع**) يخرج ما إذا رماه من بيت مغلق إلىٰ صحن دار بابها مغلق ، ومن إحدىٰ داري المالك إلىٰ دار له أخرىٰ ، وستأتي الأولىٰ في كلامه ، وألحق بها الدارمي في « الاستذكار » الثانية ، ويرد عليه : ما إذا رماه إلىٰ دار غير المالك . . فيقطع ولو كانت حرزاً مع ذلك .

فيستثنىٰ من رميه إلىٰ خارج حرز : ما لو وقع في نار فاحترق ، أو ماء فغرق . . ففي « الاستذكار » للدارمي عن ابن القطان : أنه لا قطع ، وعن ابن المرزبان : أنه يقطع ، قال الدارمي : وعندي إن رمىٰ بها للنار والماء عالماً . . فلا قطع ، وإن لم يقصد إلا إخراجها لأخذها . . قطع ، حكاه شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : هـٰذا الذي ذكره الدارمي أرجح ، ولم أر من تعرض لهـٰذا الفرع غيره ، وقال : لو رماه فانكسر . . فعلىٰ قول ابن القطان تعتبر قيمته مكسوراً ، وابن المرزبان صحيحاً ، وقال : إن أخذه رجل قبل أن يقع على الأرض . . قطع الرامي دون الآخذ .

٥١٠٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٩] و« الحاوي » [ص ٥٩٠] : (**أو وضعه بماء جار . . قطع**) كذا لو وضعه بماء راكد وحرّكه حتىٰ خرج به ، أما لو حرّكه غيره . . قطع المحرّك دون الواضع .

٥١٠٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٥] : (**وإن تركه في ماء راكد فتفجر وجرىٰ وخرج مع الماء إلىٰ خارج الحرز . . فقد قيل : يقطع ، وقيل : لا يقطع**) الأصح : أنه لا يقطع .

---

(١) المحرر (ص ٤٣٥) .

٥١٠٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٩] : (**أو ظهر دابة سائرة**) كذا لو سيّرها ، وقد صرح به « المحرر » و« الحاوي »[١] ، وحذفه « المنهاج » لفهمه من طريق الأولىٰ .

٥١٠٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٥] : (**وإن ترك المال علىٰ بهيمة ولم يَسُقها فخرجت البهيمة بالمال . . فقد قيل : يقطع ، وقيل : لا يقطع**) **الأصح** : أنه لا يقطع ، وعليه مشى « المنهاج »[٢] ، وهو مفهوم « الحاوي »[٣] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : ومحله فيما إذا لم يستول عليها وكان الباب مفتوحاً ، فإن استولىٰ عليها وكان الباب مغلقاً ففتحه لها . . فلا توقف في وجوب القطع ؛ لأنها صارت تحت يده من حين الاستيلاء ، ولما فتح لها الباب وهي تحمله فخرجت . . كان الإخراج منسوباً إليه ، قال : وقضية هٰذا : أنه لو كانت الدابة له أو مستأجرة معه أو مستعارة وخرجت وهو معها . . أن يقطع ؛ لأنها تحت يده ، ففعلها منسوب إليه ؛ ولهٰذا لو أتلفت شيئاً بيدها أو رجلها وهو معها . . كان ضامناً له ، فكذلك يكون سارقاً لما خرجت به وهو معها ، ولم أر من تعرض لذلك .

٥١٠٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٩] : (**أو عرّضه لريح هابةٍ فأخرجته . . قُطع**) منعه شيخنا الإمام البلقيني ، قال : وليس تعريضه للريح مما يقتضي العادة أن تخرج به ، بخلاف الماء الجاري .

٥١٠٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٥] : (**وإن نقب الحرز وقال لصغير لا يعقل : أخرج المال ، فأخرجه . . وجب القطع**) مثله : المجنون والأعجمي الذي يعتقد وجوب طاعة الآمر له .

٥١٠٨ـ قوله (**وإن ابتلع جوهرة في الحرز وخرج . . فقد قيل : يقطع ، وقيل : لا يقطع**)[٤] **الأصح** : وجه ثالث : أنها إن خرجت منه بعد ذلك . . قطع ، وإلا . . فلا ، وعليه مشى « الحاوي »[٥] ، **وصححه** في « أصل الروضة » مع كون الرافعي إنما نقل **تصحيحه** عن الإمام والروياني[٦] .

٥١٠٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٥] : (**وإن سرق حراً صغيراً وعليه حلي يساوي نصاباً . . فقد قيل : يقطع ، وقيل : لا يقطع**) **الأصح** : أنه لا يقطع ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٥٠٩] : (**ولو سرق صغيراً بقلادة . . فكذا في الأصح**) و« الحاوي » فقال [ص ٥٩٠] : (**أو حراً بثوبه**) وفيه أمور :

---

(١) المحرر (ص ٤٣٦) ، الحاوي (ص ٥٩٠) .
(٢) المنهاج (ص ٥٠٩) .
(٣) الحاوي (ص ٥٩٠) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٥) .
(٥) الحاوي (ص ٥٩٠) .
(٦) فتح العزيز (١١/٢١٥) ، الروضة (١٠/١٣٦) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/٢٣٧ ، ٢٣٨) .

أحدها : كان ينبغي أن يقيد محل الخلاف بكونه غير مميز ، وفي معناه : المجنون والأعجمي الذي لا تمييز له كما ذكروه في سرقة العبد الصغير .

ثانيها : القلادة والحلي مثال ، والمدار علىٰ أن يكون ما معه من ثيابه وغيرها يبلغ نصاباً . . ففيه الخلاف .

ثالثها : كان ينبغي لـ« المنهاج » أن يصور المسألة بكونه حراً ، وأن يعبر بالصحيح ؛ لأن الخلاف ضعيف جداً .

رابعها : محل الخلاف : ما إذا لم يجاوز ما يليق به ، فإن جاوزه . . قطع إن أخذ الصبي من حرز الحلي ، وإلا . . فلا ، ذكره في « الكفاية » .

خامسها : محل الخلاف أيضاً : أن يكون ذلك للصبي ، فلو كان لغيره ؛ فإن أخذه من حرز مثل ما عليه . . قطع ، وإلا . . فلا وجهاً واحداً فيهما ، قاله الماوردي[1] .

سادسها : محل الخلاف أيضاً : فيما إذا سرق الصبيَّ من حرز مثله ؛ بأن يكون في دار ، أو علىٰ بابها بحيث يُرىٰ ، أو يكون مع حافظ ، وإلا . . لم يقطع قطعاً ، صرح به الماوردي[2] ، وقيد الإمام الوجهين بما إذا كان الصبي نائماً أو مربوطاً عند الحمل[3] ، ولا يحتاج إلىٰ ذلك مع كونه غير مميز ، والنوم أو الربط يجعل المميز كغير المميز .

٥١١٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٩] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٥٩٠] : (**ولو نام عبد علىٰ بعير فقاده وأخرجه عن القافلة . . قُطع ، أو حُرٌّ . . فلا في الأصح**) أي : فيهما ؛ فيه أمور :

أحدها : أنه أطلق العبد والحر ، ومحل الخلاف فيهما : إذا كانا مستقلين ؛ بأن يكونا بالغين عاقلين .

ثانيها : يستثنىٰ من العبد : المكاتب كتابة صحيحة . . فهو كالحر ؛ لاستقلاله .

ثالثها : المراد : أخرجه عن القافلة إلىٰ مَضيعة ، فلو أخرجه عنها إلىٰ قافلة أخرىٰ أو بلدة . . لم تجيء فيه الأوجه .

٥١١١ـ قول « الحاوي » عطفاً علىٰ ما قطع فيه [ص ٥٩٠] : (**أو خرج ـ أي : العبد المميز ـ مكرهاً**) تبع فيه تصحيح بعض نسخ الرافعي ، لكن أكثرها لا ترجيح فيه ، والأولىٰ في « الشرح الصغير » ، **والأصح** في « أصل الروضة » : وجوب القطع في هٰذه الصورة[4] .

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/ ٣٠٤) .

(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/ ٣٠٤) .

(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٢٥١) .

(٤) الروضة (١٠/ ١٣٨) .

٥١١٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٥] : (**وإن كان المال محرزاً ببيت في دار وأخرجه منه إلى الدار وهي مشتركة بين سكان.. قطع ، وإن كان الجميع لواحد وباب الدار مفتوح.. قطع ، وإن كان مغلقاً.. فقد قيل : يقطع ، وقيل : لا يقطع) الأصح** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج »(١) ، وهو مفهوم قول « الحاوي » [ص ٥٩٠] : (**ورمي من بيت مغلق إلىٰ صحن الدار المفتوحة وترك**) .

قال الرافعي : وهٰذا ظاهر إذا لم يوجد من السارق تصرف في باب الدار ؛ بأن تسور الجدار ودخل ، أما إذا فتح الباب المغلق ثم أخرج المتاع إلى الصحن.. فالحرز الذي يهتكه السارق كالحرز الدائم بالنسبة إليه ، فيكون كالنقل إلى الصحن وباب الدار مغلق ، هٰذا ما رآه الإمام أصح ، فإن أغلق الباب بعد فتحه.. فهو أظهر . انتهىٰ(٢) .

فعلىٰ هٰذا : المراد : المفتوح بنفسه لا ما فتحه هو ، سواء تركه مفتوحاً أم أغلقه ؛ ونازع في ذلك شيخنا الإمام البلقيني فيما إذا لم يغلقه ، وقال : قوله : (الحرز الذي يهتكه السارق كالحرز الدائم بالنسبة إليه) هو فيما إذا عاد ، أما بالنسبة إلىٰ غيره.. فلا يكون حرزاً ، ونبه شيخنا علىٰ أن كلامهم هنا مخالف لقولهم : إن الصحن ليس حرزاً للنقد ولا للحلي ، قال : والمذكور هنا هو **النص المعتمد** ، قال : وينبغي تقييد وجه القطع بما لا يكون الصحن حرزاً له ، فلو كان الصحن حرزاً له.. فلا يقطع قطعاً .

٥١١٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٩] : (**وبيت خان وصحْنُهُ كبيتٍ ودارٍ في الأصح**) تبع فيه « المحرر »(٣) ، وفي « الشرح الصغير » : إنه **الأظهر** ، وحكاه في « أصل الروضة » عن قطع البغوي والغزالي وغيرهما ، وعن قطع صاحب « المهذب » وغيره : أنه يقطع بكل حال ؛ لأن الصحن ليس حرزاً لصاحب البيت ، بل هو مشترك كالسكة المنسدة(٤) ، وحكاه شيخنا الإمام البلقيني عن نصه في « الأم » و« المختصر » حيث قال : (وإن أخرجه من البيت والحجرة إلى الدار ، والدار للمسروق وحده.. لم يقطع حتىٰ يخرجه من جميع الدار ؛ لأنها حرز لما فيها ، ولو كانت مشتركة وأخرجه من الحجرة إلى الدار.. فليست الدار بحرز لأحد من السكان ، وقطع)(٥) قال : وعليه جرى الشيخ أبو حامد وأتباعه ، ومنهم صاحبا « المهذب » و« الشامل » وغيرهما ، وهو **المعتمد في الفتوىٰ** ، ومحل الخلاف : ما إذا كان السارق من غير السكان ، فإن كان منهم..

---

(١) المنهاج (ص ٥٠٩) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٢٢٢) .

(٣) المحرر (ص ٤٣٦) .

(٤) الروضة (١٠/ ١٤٠) ، وانظر « المهذب » (٢/ ٢٧٨) ، و« الوجيز » (٢/ ١٧٤) ، و« التهذيب » (٧/ ٣٦٨) .

(٥) الأم (٦/ ١٤٩) ، مختصر المزني (ص ٢٦٣) .

قطع مطلقاً ؛ لأن ما في الصحن ليس محرزاً عنه ، وهو داخل في قول « الحاوي » [ص ٥٨٨] : (**وعرصة الدار لا للساكن**) .

٥١١٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٦] : (**وإن وهبه منه . . قطع**) محله : ما إذا كان ذلك بعد الرفع إلى الحاكم ، فإن كان قبله . . لم يقطع .

فصل

[إقامة الحد على الذمي والمعاهد]

٥١١٥ـ قول « الحاوي » [ص ٥٩١] : (**ولذمي بالترافع**) أي : إنما يقطع الذمي بسرقة مال ذمي إذا ترافعا إلينا ، تبع فيه الإمام[١] ، لكن في « التهذيب » وغيره : أنا إذا ألزمنا حاكمنا الحكم بينهم . . حده في الزنا وقطعه في السرقة وإن لم يرض ، وإلا . . اشترط رضاه ، سواء سرق من مسلم أو ذمي ؛ ولذلك أطلق « التنبيه » قطع الذمي[٢] ، و« المنهاج » قطع الذمي بمال الذمي[٣] .

٥١١٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٩] : (**وفي معاهد أقوال : أحسنها : إن شُرط قطعه . . قطع ، وإلا . . فلا**) كذا في « المحرر »[٤] ، واستحسنه في « الشرح الكبير » ، وقال في « الصغير » : إنه الأقرب ، لكن في « الشرح الكبير » : إن المنصوص في أكثر كتب الشافعي : أنه لا يقطع مطلقاً[٥] ، وفي « أصل الروضة » : إنه أظهرها عند الأصحاب[٦] ؛ ولذلك استدركه « المنهاج » فقال [ص ٥٠٩] : (**الأظهر عند الجمهور : لا قطع**) وهو مفهوم قول « التنبيه » [ص ٢٤٤] : (**وهو مسلم أو ذمي أو مرتد**) وعليه مشى « الحاوي »[٧] ، والمراد بالمعاهد : المهادن ؛ بدليل عطف « الروضة » وأصلها عليه من دخل بأمان[٨] ، وفسر الشيخ أبو حامد في « تعليقه » المعاهد : بالداخل بأمان ، وذكر شيخنا الإمام البلقيني : أن إثبات الأقوال في المهادن لم نجده منصوصاً للشافعي رضي الله عنه ، وأن منصوصاته في أهل الهدنة : أنه لا يجب الحكم بينهم إلا برضاهم .

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٢٦٧) .

(٢) التنبيه (ص ٢٤٤) .

(٣) المنهاج (ص ٥٠٩) .

(٤) المحرر (ص ٤٣٦) .

(٥) فتح العزيز (١١/ ٢٢٥ ، ٢٢٦) .

(٦) الروضة (١٠/ ١٤٢) .

(٧) الحاوي (ص ٥٩١) .

(٨) فتح العزيز (١١/ ٢٢٥) ، الروضة (١٠/ ١٤٢) .

فصل

[فيما تثبت به السرقة]

٥١١٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٩] : (**وتثبت السرقة بيمين المدعي المردودة في الأصح**) تبع فيه « المحرر »[١] ، وحكاه الإمام عن الأصحاب[٢] ، وقطع به الغزالي وإبراهيم المروزي[٣] ؛ لكن ذهب ابن الصباغ والعمراني وغيرهما إلىٰ خلافه[٤] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٥٩٢] : (**وتثبت بالمردودة لا القطع**) وجزم به في « الروضة » وأصلها في اليمين في (الدعاوىٰ)[٥] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه **المعتمد** ؛ لنص الشافعي رضي الله عنه في « الأم » و« المختصر » علىٰ أنه لا يثبت القطع إلا بشاهدين أو إقرار السارق .

٥١١٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٠٩] : (**والمذهب : قبول رجوعه**) أي : بالنسبة إلى القطع دون المال .

٥١١٩ـ قول « الحاوي » [ص ٥٩٢] : (**وللقاضي تعريض بإنكاره ؛ كما إخالك سرقت ، ما لم تظهر**) أي : السرقة باعترافه بها ، تبع فيه الغزالي[٦] ، وحكاه الإمام عن الجمهور[٧] ، وليس كما قال كما نبه عليه الرافعي[٨] ، بل الذي أجاب به المعظم : أن له التعريض بالرجوع بعد الاعتراف ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٥٠٩] : (**ومن أقر بعقوبة لله تعالىٰ . . فالصحيح : أن للقاضي أن يعرض له بالرجوع**) ، وحكى الرافعي عن الأصحاب تقييد ذلك بأن يكون المقر جاهلاً بالحد ؛ إما لقرب عهده بالإسلام أو لكونه نشأ في بادية بعيدة عن أهل العلم[٩] ، وأسقط ذلك في « الروضة » .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : معناه : أن يكون جاهلاً بأن حد الله تعالىٰ يندب إلىٰ ستر موجبه ، وأنه يسقط برجوعه ؛ فإن عبارة النص في « المختصر » : (ولو ادعىٰ علىٰ رجل من أهل الجهالة بالحد . . لم أر بأساً أن يعرّض له ؛ بأن يقول : لعله لم يسرق)[١٠] وشرحه الشيخ أبو حامد في « تعليقه » : بأن يكون ممن لا يعرف أنه مندوب إلىٰ ستر ذلك ، وأنه إذا اعترف به فثبت عليه . .

---

(١) المحرر (ص ٤٣٦) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٢٧٠) .
(٣) انظر « الوجيز » (٢/ ١٧٥) .
(٤) انظر « البيان » (١٢/ ٤٨٤ ، ٤٨٥) .
(٥) الروضة (١٢/ ٣٨) .
(٦) انظر « الوجيز » (٢/ ١٧٦) .
(٧) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٢٧٩) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٢٣٣) .
(٩) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٢٣٣) .
(١٠) مختصر المزني (ص ٣١٢) .

سقط برجوعه ، وشرحه الماوردي علىٰ أنَّ المراد : الجهل بوجوب الحد ، واستبعده شيخنا الإمام البلقيني ، ثم أورد علىٰ نفسه : أن الفرق بين الجاهل بجواز الرجوع وعدمه وجه ضعيف ، وقد ذكره في « الشرح » و« الروضة » ثالث الأوجه[1] ، ثم أجاب عنه : بأنه ضعيف في طريقة الإمام الذي تحكي ثلاثة أوجه ، وينقل عن الجمهور أنه لا يعرّض بعد الإقرار ، وأما في الطريقة التي حكاها الرافعي عن عامة الأصحاب . . فإنه متعين فيها ، ولزم من إسقاطه هـٰذا القيد في « الروضة » عن عامة الأصحاب أن يكون الثالث ضعيفاً مطلقاً ، وليس كذلك ، بل هو ضعيف في طريقة الإمام ، وهو المجزوم به في طريقة غيره .

واعلم : أنه يستثنىٰ من التعريض بالإنكار قبل الاعتراف ما إذا كان ذلك في سرقة ادعاها صاحبها . . فلا يعرّض بالإنكار المطلق ، بل بالإنكار المقتضي لعدم القطع خاصة ، حكاه القاضي حسين عن الأصحاب، ولا يخفىٰ أن محله: في الرشيد؛ فإن السفيه لا يقبل اعترافه بالنسبة إلى المال.

٥١٢٠- قول « المنهاج » [ص ٥٠٩] : (**ولا يقول : « ارجع »**) يُوهم أنه من تتمة ما قال : إنه الصحيح ، وليس كذلك ، بل هو مجزوم به في الرافعي وغيره[2] ، وقول « التنبيه » في (الإقرار) [ص ٢٧٤] : (**ويستحب للإمام أن يلقنه الرجوع عن ذلك**) أراد به : التعريض دون التصريح ، ومع ذلك : **فالأصح** : أنه لا يستحب ، وإنما يباح خاصة كما تقدم عن « المنهاج » وغيره ، وهل يجوز التعريض للشهود بالتوقف في حدود الله تعالىٰ ؟ **صحح النووي** : الجواز إن رأى المصلحة فيه ، وإلا . . فلا[3] .

٥١٢١- قولهم - والعبارة لـ« المنهاج » - : (**ولو أقر بلا دعوىٰ أنه سرق مال زيدٍ الغائب . . لم يقطع في الحال ، بل ينتظر حضوره في الأصح**)[4] استثنىٰ منه شيخنا الإمام البلقيني : ما إذا كان الغائب سفيهاً . . فإنه لا **ينتظر** حضوره ؛ لأنه لو اعترف بأنه أباحه له . . لم يؤثر ، وإذا طلب وليه المال . . قطع ، وقال : هـٰذا هو الذي تقتضيه القواعد ، واحتمال إسقاط القطع بإباحة السفيه بعيد ، قال : وأما ما في « الروضة » وأصلها عن ابن كج من انتظار بلوغ الصبي وإفاقة المجنون عند سرقة مالهما : إذا انتظرنا حضور الغائب[5] ؛ فهو غير معتمد ؛ لتعذر الإباحة منهما ، فيكفي طلب الولي ، وتختص عبارة « المنهاج » بأمور :

أحدها : أنه لا معنىٰ لقوله : (**بلا دعوىٰ**) فلو تقدم إقراره دعوىٰ حِسبة إذا سمعناها كما قاله

---

(١) فتح العزيز (١١/ ٢٣٣) ، الروضة (١٠/ ١٤٥) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٢٣٣) .
(٣) انظر « الروضة » (١٠/ ١٤٥) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٦) ، و« الحاوي » (ص ٥٩١) ، و« المنهاج » (ص ٥١٠) .
(٥) فتح العزيز (١١/ ٢٤١) ، الروضة (١٠/ ١٤٨) .

القاضي حسين ، أو دعوىٰ وكيل الغائب الذي وكله وكالة تتناول هـٰذه القضية من غير شعور له بها . . كان كذلك ، ذكره شيخنا الإمام البلقيني ، ثم قال : فإن قيل : يحترز به عن دعوىٰ وكيل الغائب الذي وكله بعد علمه بالسرقة ؛ فإنه لا ينتظر حضور الغائب ؛ لاندفاع احتمال الإباحة بتوكيله بعد علمه بذلك . . قلنا : فيكون المفهوم عاماً والمراد به خاص ، فإن قيل : يكون المفهوم أنه إذا تقدمت دعوىٰ فيه تفصيل . . قلنا : الظاهر تعميم المفهوم أو إطلاقه ، فتعين ذكر ما يخالف الظاهر ، قال : وفي « الاستذكار » للدارمي : إن قلنا : من شرطه حضوره ، فحضر وكيله . . فوجهان .

ثانيها : أنه لا يكفي حضوره ، بل لا بد من طلبه .

ثالثها : في تعبيره **بالأصح** نظر ؛ لأن المسألة ذات نصوص وطرق ، وقد عبر « التنبيه » فيها بالمذهب ، ولكن لا اصطلاح له في ذلك ، وإنما يفهم بذلك الترجيح خاصة .

٥١٢٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٠] : (**أو أنه أكره أمة غائبٍ على الزنا . . حد في الحال**) يوهم أن الإكراه قيد في المسألة ، وليس كذلك ، فلو قال : (زنيتُ بأمة فلان) ولم يذكر إكراهاً . . كان الحكم كذلك ، غير أن ذكر الإكراه فيه حق للسيد ، وهو المهر ، وهـٰذا منفصل عن الحد ، وعبارة « الحاوي » [ص ٥٩١] : (**بطلب المالك لا في الزنا**) .

٥١٢٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٠] : (**فلو شهد رجل وامرأتان . . ثبت المال ولا قطع**) محله : ما إذا شهدوا بعد دعوى المالك أو وكليه ، فلو شهدوا حسْبَة . . لم يثبت بشهادتهم المال أيضاً ؛ لأن شهادتهم مفضية إلى المال ، وشهادة الحسبة بالنسبة إلى المال غير مقبولة .

٥١٢٤ـ قوله : (**ويشترط ذكر الشاهد شروط السرقة**)[1] استثنىٰ شيخنا الإمام البلقيني من إطلاقه مواضع :

أحدها : أن من شروط القطع كون المسروق نصاباً ، وهـٰذا لا يشترط أن يذكره الشاهد ، بل يكفي تعيين المسروق ، ثم الحاكم ينظر فيه ، فإذا ظهر له أنه نصاب . . عمل بمقتضاه .

قلتُ : لا بد من قيام البينة بأن قيمته نصاب ، فرجع الأمر إلىٰ شاهدي السرقة أو غيرها .

ثانيها : ومن شروط السرقة : كون المسروق ملكاً لغير السارق ، وهـٰذا لا يشترط في شهادة الشاهد، بل يكفي أن يقول: سرق هـٰذا، ثم المالك يقول : هـٰذا ملكي ، والسارق يوافقه ، فيقطع .

قلت : لم يحصل القطع بمجرد البينة ، بل مع ضميمة اعتراف السارق بأنه ملك المسروق منه .

ثالثها : ومن شروطها : عدم الشبهة ، ومقتضاه : اعتبار أن يقول في شهادته : ولا أعلم له فيه

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥١٠) .

شبهة ، وقد حكاه في « أصل الروضة » عن القاضي أبي الطيب وغيره ، ثم قال : قال صاحب « الشامل » : وليكن هـٰذا تأكيداً ؛ لأن الأصل عدم الشبهة[1] .

٥١٢٥ـ قوله : (**ولو اختلف شاهدان ؛ كقوله : « سرق بكرة » ، والآخر : « عشية » . . فباطلةٌ**)[2] أي : بالنسبة إلى القطع ، وكذا قول « المحرر » : (لم يثبت بشهادتهما شيء)[3] أي : من القطع ، ولو قالا كـ « التنبيه » في اختلاف الشهود : (**لم يجب الحد**)[4] . . لكان أحسن ؛ لأنه المقصود ، قال في « التنبيه » [ص ٢٧٣] : (**فإن حلف المسروق منه مع الشاهد . . قضىٰ له**) أي : بالغرم ، وعبارة « الروضة » : وللمشهود له أن يحلف مع أحدهما فيغرمه[5] ، والمراد : حلفه مع من وافقت شهادته دعواه والحق في زعمه كما بينه في « الكفاية » .

٥١٢٦ـ قوله : (**وإن قامت البينة عليه من غير مطالبة . . فقد قيل : يقطع وهو المنصوص ، وقيل : لا يقطع ، وقيل : فيه قولان**)[6] **الأصح** : أنه لا يقطع ، وطريقة القطع بالقطع قال في « الكفاية » : لا ذكر لها فيما وقفت عليه ؛ أي : فضلاً عن أن يكون هي المنصوصة ، وأورد الجيلي لفظ « التنبيه » : (**فقد قيل : لا يقطع ، وهو المنصوص ، وقيل : يقطع ، وهـٰذا هو الصواب**) وعليه جرىٰ في « المهذب »[7] ، وهـٰذا يقتضي أن شهادة الحسبة في حقوق الله تعالىٰ ـ ومنها السرقة ـ مسموعة ، **وهو الصحيح** ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٥٩١] : (**وتسمع الشهادة بغيبته وتعاد للمال**) أي : وتعاد الشهادة بعد حضور المسروق منه لإثبات المال لا للقطع ؛ لأن شهادة الحسبة لا تقبل في الأموال ، فيقطع بعد حضوره من غير إعادة بينة ؛ لأنا قد سمعناها أولاً ، وإنما انتظرنا ؛ لتوقع ظهور ما يسقط ولم يظهر .

فصل

[في صفة القطع وما يتعلق بها]

٥١٢٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٠] : (**وتقطع يمينه**) محله : فيما إذا لم تكن شلاء ، فإن كانت شلاء . . رُجع لأهل الخبرة ، فإن قالوا : ينقطع الدم وتستد أفواه العروق . . قطعت واكتُفي بها ،

---

(١) الروضة (١٠/١٤٦) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥١٠) .
(٣) المحرر (ص ٤٣٠) .
(٤) التنبيه (ص ٢٧٣) .
(٥) الروضة (١٠/١٤٧) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٦) .
(٧) المهذب (٢/٢٨٢) .

وإلا . . لم تقطع ؛ لأنه يؤدي إلىٰ فوات الروح[1] ، وعلى الأول يحمل قول « الحاوي » [ص ٥٩١] : (واكتفي بالشلاء) وعلى الثاني يحمل قول « التنبيه » [ص ٢٤٦] : (**ومن سرق ولا يمين له أو كانت وهي شلاء . . قطع رجله اليسرىٰ**) فإطلاق كل منهما مدخول .

٥١٢٨ـ قول « الحاوي » [ص ٥٩١] : (**وكفان والأصلية إن أمكن**) أي : لو كان على المعصَم كفان ولم تتميز الأصلية عن الزائدة ، أو تميزت ولم يمكن استيفاء الأصلية بدونها . . فإنهما يقطعان ، هـٰذا اختيار الإمام بعد أن حكىٰ عن الأصحاب قطعهما مطلقاً[2] ، وفي « التهذيب » : أنه إن تميزت الأصلية . . قطعت ، وإلا . . فإحداهما فقط ، فإن سرق ثانياً . . قطعت الأخرىٰ ، ولا يقطعان بسرقة واحدة ، بخلاف الإصبع الزائدة ؛ فإنه لا يقع عليها اسم يد[3] .

قال الرافعي : وهـٰذا أحسن[4] ، وقال النووي : إنه **الصحيح المنصوص** ، وقد جزم به جماعة منهم القاضي أبو الطيب وصاحب « البحر » والشيخ نصر المقدسي وغيرهم ، ونقله القاضي والمقدسي عن نص الشافعي رضي الله عنه[5] .

قال في « شرح المهذب » : وأما قول الغزالي في (كتاب السرقة) : قال الأصحاب : نقطعهما جميعاً . . فغير موافق عليه ، بل أنكروه ، وردوه ؛ **فالصواب** : الاكتفاء بإحداهما . انتهىٰ[6] .

فعلىٰ ترجيح الرافعي والنووي قد ترد هـٰذه الصورة علىٰ قول « التنبيه » [ص ٢٤٦] و« المنهاج » [ص ٥١٠] ـ والعبارة له ـ : (**فإن سرق ثانياً بعد قطعهما . . فرجله اليسرىٰ**) ، ويقال : محله ما إذا لم يكن له يد أخرىٰ على المعصم الأيمن ، وقد يقال : إنما تكلما على الخلقة المعتادة الغالبة .

٥١٢٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٦] : (**فإذا قطع . . حسم بالنار**) قد يفهم أنه يفعل به ذلك بغير دهن ، فيخالف قولَ « المنهاج » [ص ٥١٠] : (**ويغمس محل قطعه بزيتٍ أو دهنٍ مغلىً**) و« الحاوي » [ص ٥٩١] : (**يغمس في زيت مغلىً**) وقد يقال : أراد : فعل ذلك بواسطة الدهن المغلىٰ ، وقد قال الماوردي في الغمس في الدهن المغلىٰ : هـٰذا إذا كان حضرياً ، فإن كان بدوياً . . حسم بالنار ؛ لأنه عادتهم[7] ، وقال في قاطع الطريق : وإذا قُطع . . حسم بالزيت المغلي وبالنار بحسب العرف فيهما . انتهىٰ[8] .

---

(١) في حاشية (ج) : (قال في « الروضة » [١٠/ ١٥٠] : ويكون كمن لا يمين له ، وحينئذ . . فيقطع رجله اليسرىٰ) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٢٦٣) .
(٣) التهذيب (٧/ ٣٨٦) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٢٤٧) .
(٥) انظر « الروضة » (١٠/ ١٥٢) .
(٦) المجموع (١/ ٤٤٩ ، ٤٥٠) .
(٧) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/ ٣٢٤) .
(٨) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/ ٣٦٣) .

يدل على اعتبار عادة أهل تلك الناحية ، ثم قد تفهم عبارة « التنبيه » وجوب ذلك ، وفي « الحاوي » [ص ٥٩١] : (ندباً) وفي « المنهاج » [ص ٥١٠] : (**قيل : هو تتمة للحد ، والأصح : أنه حق للمقطوع ؛ فمؤنته عليه ، وللإمام إهماله**) وفيه أمور :

أحدها : كون مؤنته عليه إذا قلنا : إنه حق له ، ذكره الإمام ، واقتصر الرافعي علىٰ حكايته[1] ، وذكر شيخنا الإمام البلقيني : أن المعروف في الطريقين أنها في بيت المال وإن قلنا : حق للمقطوع ، وحكاه عن العراقيين والماوردي والروياني والقاضي حسين والبغوي[2] .

ثانيها : أن مقتضاه : أنه على الوجه الأول ، وهو كونه تتمة للحد ليست مؤنته على المقطوع ، وليس كذلك ؛ ففي « أصل الروضة » علىٰ هـٰذا الوجه : أنه على الخلاف في مؤنة الجلاد ، **والأصح** في مؤنة الجلاد: أنها على المجلود والسارق، فهو علىٰ طريقته على الوجهين معاً على المقطوع[3] .

ثالثها : قيد شيخنا الإمام البلقيني كون الإمام له إهماله بما إذا لم يؤد إلىٰ تلفه ؛ بأن أغمي عليه وليس له من يقوم بحاله ، أو كان علىٰ حال يتعذر عليه حسم نفسه . . فلا يجوز للإمام إهماله .

٥١٣٠ـ قولهم ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**وإن كانت له يمين بلا أصابع . . قطع الكف**)[4] في « المنهاج » : (**إنه الأصح**) وفي « التنبيه » : (**إنه المنصوص**) وفي الرافعي : إن الخلاف قولان ، حكى الأول الحارث ابن سريج ، والثاني القاضي أبو حامد[5] ، وعبارة « الروضة » : وجهان أو قولان[6] ، **وصحح** شيخنا الإمام البلقيني : أنه لا يكتفي بها ، وحكاه عن اختيار القاضي أبي حامد ، وأن القاضي الحسين قال : إنه **المذهب** ، ثم إن الخلاف لا يختص بذهاب الأصابع مع بقاء جميع الكف ، بل هو جار وإن لم يبق إلا بعض الكف إذا بقي محل القطع كما في « الروضة » وأصلها[7] .

٥١٣١ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٠] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٥٩١] : (**وتقطع يد زائدة إصبعاً**) يقتضي أنه لا **تقطع** زائدة إصبعين وأكثر ، وليس كذلك ؛ فالإصبع مثال ، وإذا كان « الحاوي » يقطع كفين كما تقدم عنه[8] . . فكف واحدة زائدة خمس أصابع أولىٰ بذلك ، وقول

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٢٦٤) ، و« فتح العزيز » (١١/ ٢٤٣) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/ ٣٢٤) ، و« التهذيب » (٧/ ٣٨٤) .
(٣) الروضة (١٠/ ١٤٩) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٦) ، و« الحاوي » (ص ٥٩١) ، و« المنهاج » (ص ٥١٠) .
(٥) فتح العزيز (١١/ ٢٤٤ ، ٢٤٥) .
(٦) الروضة (١٠/ ١٥٠) .
(٧) فتح العزيز (١١/ ٢٤٥) ، الروضة (١٠/ ١٥٠) .
(٨) الحاوي (ص ٥٩١) .

« المنهاج » [ص ٥١٠] : (**في الأصح**) يقتضي قوة الخلاف ، وليس كذلك ، بل هو ضعيف نقلاً ومعنىً كما ذكر شيخنا الإمام البلقيني .

٥١٣٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٠] و« الحاوي » [ص ٥٩١] : (**ولو سرق فسقطت يمينه بآفة . . سقط القطع**) كذا بجناية ؛ ولهـٰذا أطلق « التنبيه » ذهابها[١] .

فإن قيل : الجناية آفة أيضاً . . قلنا : هـٰذا خلاف المتبادر إلى الفهم منه ، وبتقدير صحته . . فلا حاجة للتقييد بالآفة .

٥١٣٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٦ ، ٢٤٧] : (**وإن وجب عليه قطع اليمين فقطع اليسار عمداً . . قطعت يمينه ، وأقيد من القاطع من يساره ، وإن قطع سهواً . . غرم الدية ، وفي يمين السارق قولان : أحدهما : يقطع ، والثاني : لا يقطع**) قال النووي في « تصحيحه » : **الأصح** : أنه إذا قطعها الجلاد عمداً أو سهواً . . أجزأت عن اليمين ولا قصاص على القاطع ولا دية[٢] .

قال في « المهمات » : وهو يقتضي بعمومه **تصحيح** الإجزاء في صورتين :

إحداهما : إذا قطع الجلاد من غير إخراج السارق ، وليس كذلك اتفاقاً .

الثانية : إذا قال المخرج : علمت أنها اليسار وأنها لا تجزىء ، مع أنه ليس الأمر أيضاً كذلك ، وكلام الرافعي في القصاص يقتضي أنه لا فرق في الصورة الثانية بين أن يكون الإخراج علىٰ قصد حسبانها عن اليمين أم لا[٣] ، وهو واضح ؛ لأن القصد المذكور مع علمه بأنه لا يقع لا أثر له .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ويزاد عليه اعتراض ثالث ، وهو : أنه في « التنبيه » ألزم الجلاد دية اليد ، وحكىٰ في قطع اليمين قولين ، **فصحح** في « التصحيح » إجزاء اليسار ؛ وقضيته أن يكون مع إيجاب الدية ، ولكن **الجديد** : الإجزاء ولا دية .

قلت : وقد صرح في « التصحيح » بأنه لا دية ، فكيف يقال : إن قضيته إيجاب الدية ؟ والله أعلم .

وكان ينبغي للنووي أن يبين أن محل ما صححه في صورة خاصة ، وهي : أن يقول الجلاد للسارق : أخرج يمينك ، فيخرجها ظاناً أنها **اليمين** أو أن اليسار تجزىء عن اليمين ؛ فإنه محل الخلاف ، **والصحيح** كما تقدم .

٥١٣٤ـ قوله : (**ولا يقطع السارق ـ أي : الحرّ ـ إلا الإمام أو من فوض إليه الإمام**)[٤] قد يفهم

---

(١) التنبيه (ص ٢٤٦) .

(٢) تصحيح التنبيه (٢/ ٢٤٤) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٢٨٥) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٦) .

أنه لو قطعه قاطع بغير إذن الإمام. . فعليه القصاص ، وهو مقتضي قول « الحاوي » في أول (الجنايات) [ص ٥٤٨] : (**إن يد السارق معصومة علىٰ غير المستحق**) لكن المنقول : أنه لا قصاص عليه ، قال الرافعي : هٰكذا أطلق ، ويشبه جعل وجوب القصاص على الخلاف في الزاني المحصن[١] .

قال ابن الرفعة : والذي جزم به الماوردي الوجوب ، ثم حمل كلام الماوردي علىٰ ما إذا لم يقصد القاطع استيفاء الحد ، وكلام غيره علىٰ ما إذا قصد .

قال في « المطلب » : ويرشد إليه ما ذكره الماوردي فيما إذا قتل قاطع الطريق مرتداً فإن علم بردته. . لم يقتل جزماً ، وإلا. . ففيه الخلاف في قتل غير المكافىء ، قال : ويستأنس له بما إذا قتل الإمام عبداً اشتراه مرتداً في يد البائع قبل القبض ، فإن قصد قتله عن الردة. . وقع عنها وانفسخ البيع ، وإن لم يقصد. . جعل قابضاً للمبيع واستقر عليه الثمن ، كما حكاه الرافعي قبيل (الديات) عن « فتاوى البغوي »[٢] ، ثم قال : ولو قيل : يحمل ما أطلقه الماوردي علىٰ ما إذا كان القاطع ذمياً والسارق مسلماً ، وكلام غيره علىٰ ما إذا كان القاطع مسلماً. . لم يبعد كما قلنا بمثله في قتل الزاني المحصن .

* * *

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٢٤٥) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٣١١) .

كتاب قاطع الطريق

٥١٣٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥١١] : (**هو مسلم مكلف له شوكة**) فيه أمور :

أحدها : أن مقتضاه : أن الكفار ليس لهم حكم القطاع وإن أخافوا السبيل وتعرضوا للأنفس والأموال ، وبه صرح في « الروضة » وأصلها[١] ، ولا وجه لذلك في الذمي ، فإن كان لانتقاض عهدهم بذلك وأنا نقتلهم كالحربيين . . فليس كذلك ؛ لأن **الصحيح** : أن العهد لا ينتقض به إلا إذا شرط عليهم تركه وشرط عليهم الانتقاض به لو فعلوه ، وبتقدير الانتقاض فسيأتي أن من انتقض عهده بذلك أو غيره . . يقام عليه ما يقتضيه ذلك الشيء ، ثم يفعل فيه بعد ذلك من القتل أو غيره ما ذكروه ، وكذلك يجري حكم القطاع على المرتدين .

وأما المعاهدون فينتقض عهدهم به ، ويقام عليهم الحدود إذا ظفرنا بهم ؛ **فالصواب** : التعبير بالتزام الأحكام بدل الإسلام ؛ لإخراج الحربي فقط ؛ فإنه لا يضمن نفساً ولا مالاً ؛ ولهـٰذا لم يشترط « التنبيه » و« الحاوي » الإسلام في ذلك ، لكن يرد عليهما الحربي .

ثانيها : اعتبار الشوكة يقتضي اشتراط العدد ، والمنقول في « الروضة » وأصلها : أنه لا يشترط ، بل الواحد إذا كان له فضل قوة يغلب بها الجماعة وتعرض للنفوس والأموال مجاهراً . . فهو قاطع[٢] ؛ ولهـٰذا اعتبر « الحاوي » القوة دون الشوكة[٣] ، فلا يرد عليه ذلك .

ثالثها : قد يفهم من تعبيره اعتبار الذكورة ، وليس كذلك[٤] ، بل لو اجتمع نسوة لهن شوكة وقوة . . فهن قاطعات طريق ، هـٰذه عبارة « الروضة »[٥] ، ويرد عليه أن المرأة الواحدة تكون قاطعة طريق كما تقدم .

رابعها : فإن قلت : قد أهمل شرطاً رابعاً ، وهو : فقد الغوث . . قلت : قد ذكره بعد قوله : (**وحيث يلحق غوث ليس بقطاع**)[٦] كذا في كثير من النسخ : (**ليس بقطاع**) ، وصوابه : (**ليسوا بقطاع**) كما في بعض النسخ ، أو : (**ليس بقاطع**) ، وعبارة « الحاوي » [ص ٥٩٣] : (**قاطع الطريق**

---

(١) فتح العزيز (١١/ ٢٤٩) ، الروضة (١٠/ ١٥٤) .

(٢) فتح العزيز (١١/ ٢٤٩) ، الروضة (١٠/ ١٥٤) .

(٣) الحاوي (ص ٥٩٣) .

(٤) في حاشية (ج) : (فائدة : ذكر في « العجالة » أن مقتضىٰ كلام المصنف : أنه لا يشترط الذكورة ولا شهر السلاح ولا العدد ؛ حيث لم يذكر ذلك في شروطه . انتهىٰ) .

(٥) الروضة (١٠/ ١٥٥) .

(٦) المنهاج (ص ٥١١) .

معتمد القوة في المغالبة بالبُعد عن الغوث) فذكر وصفين ، وأهمل التكليف والتزام الأحكام ؛ كأنه لوضوحهما ، وعبارة « التنبيه » [ص ٢٤٧] : **(من شهر السلاح وأخاف السبيل في مصر أو غيره)** فكأنه أشار للقوة وفقد الغوث بإخافة **السبيل** ، وسكت عن التكليف والالتزام ؛ لوضوحه ، وعبارة « أصل الروضة » : ولا يشترط شهر السلاح ، بل الخارجون بالعصي والحجارة قطاع ؛ لأنها تأتي على النفس كالمحدد ، وذكر الإمام أنه يكتفي بالوكز والضرب بجمع الكف ، وفي « التهذيب » نحوه : وكلام جماعة يقتضي أنه لا بد من آلة[١] .

واعلم : أن « المنهاج » لم يفصح عن المقصود ؛ فليس كل مسلم مكلف له شوكة فاقد غوث قاطع طريق ، بل لا بد مع ذلك من إخافته السبيل كما صرح به « التنبيه » ، وأشار إليه « الحاوي » بقوله [ص ٥٩٣] : **(معتمد القوة في المغالبة)** ، وعبارة « أصل الروضة » لما تكلم على الشوكة : قطاع الطريق : طائفة مترصدون في المكامن للرفقة ، فإذا رأوهم.. برزوا قاصدين الأموال[٢] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ظاهره اعتبار قصد الأموال في حدهم ، وبه صرح بعضهم ، ولكن الظاهر مما ذكروه في الخوارج : أن العبرة بإخافة السبيل بقصد أخذ المال ؛ فقد ذكروا أنهم إذا قاتلوا.. فلهم حكم قطاع الطريق ، وقالوا فيما إذا بعث إليهم الإمام والياً فقتلوه : فعليهم القصاص ، وهل يتحتم قتل قاتله كقاطع الطريق ؛ لأنه شهر السلاح ، أم لا ؛ لأنه لم يقصد إخافة السبيل ؟ وجهان ، **وصحح النووي** من زيادته : أنه لا يتحتم[٣] .

قلت : ويشهد لذلك ما حكاه الرافعي عن أبي منصور بن مهران : أن الغالب أن قاطع الطريق يقصد المال أو النفس لعداوة اشتدت بين قوم وقوم[٤] .

٥١٣٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥١١] : **(والذين يغلبون شرذمة بقوتهم قطاع في حقهم ، لا لقافلة عظيمة)** يفهم أنه لو تساوت الفرقتان.. لم يكن لهم حكم القطاع ، **والأصح** في « الروضة » وأصلها : خلافه[٥] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : الذي ظهر لنا والله أعلم من الكتاب والسنة وكلام الشافعي وأصحابه ومقتضى العادة : أنه متىٰ كان احتمال غلبة قطاع الطريق ممكناً إمكاناً غير نادر.. كان كافياً في إثبات هـٰذه العقوبات في حقهم ، ولا يشترط القطع بغلبتهم ، ولا غلبة الظن ؛ لأن إخافة السبيل قائمة في هـٰذه الحالة وعليها المدار ، قال : ولم أر من حرر هـٰذا الموضع .

---

(١) الروضة (١٠/ ١٥٥ ، ١٥٦) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٢٩٩) ، و« التهذيب » (٧/ ٤٠٠) .
(٢) الروضة (١٠/ ١٥٤) .
(٣) انظر « الروضة » (١٠/ ٥١) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٢٦٤) .
(٥) فتح العزيز (١١/ ٢٤٩) ، الروضة (١٠/ ١٥٤) .

٥١٣٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥١١] : (**ولو علم الإمام قوماً يخيفون الطريق ولم يأخذوا مالاً ولا نفساً . . عزرهم بحبس وغيره**) ثم قال بعد أسطر : (**ومن أعانهم وكثَّر جمعهم . . عزر بحبس وتغريب وغيرهما ، وقيل : يتعين التغريب**)[١] تبع فيه « المحرر » ، وكذا في « الروضة » وأصلها[٢] ، وذكر شيخنا الإمام البلقيني : أن الوجهين المذكورين في الصورة الثانية إنما يعرفان في الصورة الأولىٰ وأن الثانية محل جزم ، [فذكر الخلاف][٣] في غير موضعه ، وأسقطه من موضعه ، ثم بسط ذلك ، وظاهر قوله على الوجه الضعيف : (**يتعين التغريب**) أنه لا يفعل به في البلد المنفيّ إليه ضرب ولا حبس ولا غيرهما ، وفيه وجهان في الرافعي بلا ترجيح[٤] ، وقال في « الشرح الصغير » : **الأشبه** جواز الاقتصار على النفي ، وفي « الروضة » : **الأصح** : أنه إلىٰ رأي الإمام وما اقتضتْه المصلحة[٥] .

٥١٣٨ـ قوله : (**وإذا أخذ القاطع نصاب السرقة . . قطع يده اليمني ورجله اليسرىٰ**)[٦] وقول « الحاوي » [ص ٥٩٣] : (**بأخذ ربع دينار**) يرد عليهما : أنه لا بد أن يكون المأخوذ من حرز ، فلو كان المال ضائعاً تسيّر به الدواب بلا حافظ ، أو كانت الجمال مقطورة ولم تتعهد كما شرط في السرقة . . فلا قطع **على الصحيح** خلافاً لابن خيران ، ومن انتفاء الشبهة ، وقد صرح بذلك « التنبيه » فقال [ص ٢٤٧] : (**وإن أخذ نصاباً لا شبهة له فيه وهو ممن يقطع في السرقة**) .

ونقل شيخنا الإمام البلقيني انتفاء الشبهة عن « الاستذكار » للدارمي ، وقد عرفت أنه في « التنبيه » ، قال : **والقياس** اعتبار طلب المالك المال كالسرقة ، وفي « الأم » ما يقتضيه ؛ فإنه قال في (السرقة) : (إن لم يحضر ـ يعني : صاحب المال ـ . . حبس السارق حتىٰ يحضر ، فيدعي أو يُكذِّب الشاهدين) وقال بعد ذلك : (وكذلك يشهد الشاهدان علىٰ قطاع الطريق) إلىٰ قوله : (ويحضر أهل المتاع)[٧] .

وإطلاق « التنبيه » و« المنهاج » قطع اليد اليمنىٰ والرجل اليسرىٰ محله : إذا وجدا ، فلو فقد أحدهما . . اكتفي بقطع الأخرىٰ ؛ ولهٰذا قال « الحاوي » [ص ٥٩٣] : (**أو ما وُجد**) وفي معنى الفقد : أن تكون شلاء لا تحسم عروقها لو قطعت ، **وصحح** الماوردي في فقد إحداهما : الانتقال

---

(١) المنهاج (ص ٥١١) .
(٢) المحرر (ص ٤٣٨) ، فتح العزيز (١١/ ٢٥٢) ، الروضة (١٠/ ١٥٦) .
(٣) في (د) : (فذكر الرافعي هٰذا الخلاف) .
(٤) فتح العزيز (١١/ ٢٥٦) .
(٥) الروضة (١٠/ ١٥٨) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٥١١) .
(٧) الأم (٦/ ١٥٣) .

إلىٰ قطع يده اليسرىٰ ورجله اليمنىٰ[1] ، وهو غريب .

٥١٣٩ـ قول « الحاوي » [ص ٥٩٣] : (**أو فقدتا**) أي : الأوليان ، وهما اليد اليمنىٰ والرجل اليسرىٰ فيقطع اليد اليسرىٰ والرجل اليمنىٰ .

محله فيما إذا فُقدتا قبل أخذ المال ، فإن فقدتا بعده . . سقط القطع .

٥١٤٠ـ قولهم : (**فإن قَتَلَ . . قُتِل حتماً**)[2] لا يخفىٰ أن محله : فيما إذا كان عمداً وقتل مكافئاً له ، وقد صرح « الحاوي » بالثاني فقال [ص ٥٩٤] : (**فلا يقتل بغير كفء**) وذكره « المنهاج » بعد ذلك .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إن قتل لا لأخذ المال . . لم يتحتم القتل كما هو مقتضىٰ نص الشافعي في « الأم » ، واعتبر هـٰذا الشرط البندنيجي وغيره ، ويمكن أن يجيء فيه وجه بالتحريم كما هو مذكور في الذين قتلوا الوالي من البغاة .

٥١٤١ـ قول « المنهاج » [ص ٥١١] : (**فإن قتل وأخذ مالاً . . قتل ثم صُلب**) يشترط كون المال نصاب سرقة ، كما هو مذكور في « الروضة » وأصلها[3] ، **وقياسه** اعتبار الحرز وانتفاء الشبهة وطلب المالك ، وقد دل قول « الحاوي » [ص ٥٩٤] : (**وبالجمع**) أي : بين السرقة والقتل المتقدم ذكرهما ، وقد يفهمه قول « التنبيه » [ص ٢٤٧] : (**وأخذ المال**) بالتعريف ، فينحط على المال المتقدم ذكره .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : عندي أن اعتبار النصاب في الصلب لا يقوم عليه دليل ، ولم أجد في نصوص الشافعي اعتباره إلا في قطع اليد والرجل ، ثم حكىٰ عن الماوردي أنه قال : عندي أنه يصلب وإن أخذ أقل من ربع دينار ؛ لأنه إذا انفرد بأخذ المال . . صار مقصوداً ، فاعتبر فيه شرط القطع من أخذ النصاب ، وإذا اقترن بالقتل . . صار تبعاً ؛ فلم يعتبر فيه أخذ النصاب ؛ لأنه لا يستحق فيه القطع ، وكذا قال الماوردي أيضاً : إنه لا يعتبر فيه الحرز[4] .

٥١٤٢ـ قول « الحاوي » [ص ٥٩٤] : (**ثم يصلب ثلاثة**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٥١١] : (**ثلاثاً**) لأن الأيام مذكرة ، فيثبت فيها التاء ، لكنه لما حذف المعدود . . جاز الوجهان ؛ كقوله : « ثم أتبعه ستاً من شوال »[5] .

وعبارة « التنبيه » [ص ٢٤٧] : (**ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام**) ومقتضاه : أنه لا يتعين الثلاثة ،

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/٣٥٨) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٧) ، و« الحاوي » (ص ٥٩٤) ، و« المنهاج » (ص ٥١١) .
(٣) فتح العزيز (١١/٢٥٤) ، الروضة (١٠/١٥٦) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/٣٥٩) .
(٥) أخرجه مسلم (١١٦٤) من حديث سيدنا أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه مرفوعاً .

ولكنها غاية الصلب ، ثم يستثنىٰ مما ذكروه : ما إذا خيف التغير قبل الثلاث . . **فالأصح** في « أصل الروضة » : أنه ينزل[1] .

٥١٤٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥١١] : (**وفي قول : يصلب قليلاً ثم يُنْزل ويقتل**) وعبارة « المحرر » فيه : (يصلب صلباً لا يموت منه ثم **يقتل**)[2] فقول « المنهاج » : (**قليلاً ثم ينزل**) ليس في « المحرر » ، والذي في « الروضة » : وعلىٰ هـٰذا كيف **يقتل** ؟ أيترك بلا طعام وشراب حتىٰ يموت ، أم يجرح حتىٰ يموت ، أم يترك مصلوباً ثلاثاً ثم ينزل ويقتل ؟ فيه أوجه . انتهىٰ[3] .

فالوجه الثالث أقرب إلىٰ ما في « المنهاج » فإن الثلاثة قليل ، وعبارة « التنبيه » [ص ٢٤٧] : (**وقيل : يصلب حياً ويمنع من الطعام والشراب حتىٰ يموت**) وهو الوجه الأول .

٥١٤٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥١١] : (**وقتل القاطع يُغلّب فيه معنى القصاص ، وفي قول : الحد**) و« الحاوي » [ص ٥٩٤] : (**ويقع قصاصاً بأحكامه**) يستثنىٰ منه : تحتم قتله ، وأن للسلطان استيفاءَه من غير احتياج لطلب الورثة ؛ فإنه غُلّب فيهما معنى الحد قطعاً .

ولو قتل جماعة مرتباً . . قُتل بالأول ، ولو عفا ولي الأول . . لم يسقط كما حكاه في « الروضة » وأصلها عن البغويّ[4] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : ومقتضىٰ هـٰذا : أن قتله تحتم قطعاً ، وهـٰذا يقتضي تغليب الحد بالنسبة إلىٰ ذلك قطعاً ، لكن هل يشترك مع الأول غيره حتىٰ لا يجب للباقين دية ، أو تجب لهم الدية ؟ إن قلنا بتغليب الحد . . فالأول ، أو القصاص . . فالثاني ، قال : ويستثنىٰ من محل الخلاف على الطريقة المعتمدة : أنه يغلّب معنى القصاص قطعاً فيما إذا تاب قبل القدرة وقد قتل ، فيسقط تحتم القتل ، ويبقى القصاص قطعاً ، وفي طريقة ضعيفة : لا يبقىٰ شيء أصلاً ، وبه جزم في « الروضة » في تفريع القولين ، وذكر الطريقة المرضية قبل بصفحة ، فقال : للولي أن يقتص وله أن يعفو على **المذهب**[5] .

٥١٤٥ـ قول « التنبيه » في أوائل (**الجنايات**) [ص ٢١٣] : (**ومن قتل من لا يقاد به في المحاربة . . ففيه قولان ، أحدهما : يجب القود ، والثاني : لا يجب**) **الأظهر** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[6] ، ومقتضىٰ كلامهما : الوجوب تفريعاً علىٰ تغليب الحد ،

---

(١) الروضة (١٠/ ١٥٧) .
(٢) المحرر (ص ٤٣٨) .
(٣) الروضة (١٠/ ١٥٧) .
(٤) فتح العزيز (١١/ ٢٦٣) ، الروضة (١٠/ ١٦١) ، وانظر « التهذيب » (٧/ ٤٠٣) .
(٥) الروضة (١٠/ ١٥٩ ، ١٦١) .
(٦) الحاوي (ص ٥٩٤) ، المنهاج (ص ٥١١) .

ويستثنىٰ منه : ما إذا كان المقتول غير معصوم ؛ كالمرتد والزاني المحصن وقاطع طريق تحتم قتله . . فإنه لا قود ولو غلبنا الحد ، وكذا لو قتل عبد نفسه . . فلا قصاص قطعاً كما قاله أبو إسحاق ، واختاره الصيدلاني ، واقتصر عليه البغوي ، وأجرىٰ فيه ابن أبي هريرة والقاضي حسين الخلاف ، وهو مقتضىٰ إطلاق الأكثر[1] ، **وصحح** شيخنا الإمام البلقيني الطريقة الأولىٰ في المكاتب ومأذون ركبته ديون ؛ لأن العبد له والمال له ، والطريقة الثانية فيما إذا كان العبد مستأجراً أو معاراً .

٥١٤٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥١١] و« الحاوي » [ص ٥٩٤] : (**ولو مات . . فَدِيَةٌ**) يقتضي انتفاءها تفريعاً علىٰ تغليب الحد ، وبه صرح في « الروضة » وأصلها[2] ، لكن **صحح** شيخنا الإمام البلقيني وجوبها ولو غلبنا الحد .

٥١٤٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥١١] : (**ولو قتل جمعاً . . قتل بواحد ، وللباقين دياتٌ**) أورد عليه شيخنا الإمام البلقيني أمرين :

أحدهما : أن الذي ذهب إليه جمهور العراقيين تغليب الحد هنا . حتىٰ لا يجب للباقين شيء .

ثانيهما : أن مقتضاه : جواز قتله بغير الأول ، وليس كذلك ؛ فالمحكي في « الروضة » وأصلها عن البغوي : تحتم قتله بالأول ولو عفا وليه[3] ، قال شيخنا : ولا يختص بالبغوي ، بل كل من حكىٰ هـٰذا الوجه . . يحكيه كذلك .

٥١٤٨ـ قوله ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » : (**ولو عفا وليّه بمال . . وجب وسقط القصاص ويقتل حداً**)[4] اعترضه شيخنا الإمام البلقيني : بأن **المنصوص وعليه الجمهور** : أنه لا يصح عفو الولي لا بمال ولا بغيره ، قال : ولم أر هـٰذا التفريع إلا في كلام الفوراني ، وتبعه الإمام والغزالي والرافعي[5] ، وهو غير معتمد ، بل غلط ، واستحقاق العافي المال لا في مقابلة حصلت للدافع . . من أكل المال بالباطل ، ولا يصح تشبيهه به بما إذا استحق القصاص علىٰ مرتد فعفىٰ علىٰ مال حيث استحق المال ، وإن كان مقتولاً بالردة ؛ لانفكاك أحد السببين عن الآخر ، وهما القصاص والردة ؛ ولأنه إذا أسلم . . لم يقتل ، بخلاف من تحتم قتله .

٥١٤٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥١١] : (**ولو قتل بمثقل أو بقطع عضو . . فُعِلَ به مثله**) قال شيخنا

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٢٦٢) ، و« الروضة » (١٠/ ١٦٠) .

(٢) فتح العزيز (١١/ ٢٦٢ ، ٢٦٣) ، الروضة (١٠/ ١٦٠ ، ١٦١) .

(٣) فتح العزيز (١١/ ٢٦٣) ، الروضة (١٠/ ١٦١) ، وانظر « التهذيب » (٧/ ٤٠٣) .

(٤) انظر « الحاوي » (ص ٥٩٤) ، و« المنهاج » (ص ٥١١) .

(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٣١٠) ، و« الوجيز » (٢/ ١٧٨) ، و« فتح العزيز » (١١/ ٢٦٣) .

الإمام البلقيني : انفرد بذلك البغوي[1] ، ولم ينص عليه الشافعي ؛ ولا ذكر له في كتب الطريقين ، والذي يقتضيه كلام الشافعي : أنه يقتل بالسيف ، ولا نظر إلى المماثلة ؛ لأن المماثلة إنما تعتبر في القصاص المحض الذي يتخير فيه الولي بين القتل والعفو ، وهـٰذا متحتم ، فكان بالسيف كالمرتد ، ولو راعينا المماثلة . . لزم أنه إذا حرقه وأخذ ماله . . حرق وفات الصلب ، وأيضاً فالمماثلة لاختيار الولي ؛ فيلزم تأخير القتل إلىٰ بلوغ الصبي وإفاقة المجنون وحضور الغائب ، وليس ذلك بمعتبر قطعاً ، ولم يصح في قصة العرنيين أنهم إنما سملت أعينهم ؛ لسملهم أعين الرعاء ، وعلىٰ طريقة البغوي : فلا يتعين فعل مثله ؛ فللإمام العدول للقتل بالسيف كالولي الخاص ، وقد تفهم عبارة « المنهاج » خلافه .

٥١٥٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٧] : (**وإن جنىٰ قاطع الطريق جناية توجب القصاص فيما دون النفس . . ففيه قولان ، أحدهما : يتحتم القصاص ، والثاني : لا يتحتم**) **الأظهر** : الثاني كما في « المنهاج » ، وعليه مشى « الحاوي »[2] ، وعبر النووي في « تصحيحه » بقوله : لم يتحتم القتل[3] ، قال شيخنا الإسنوي : وهو غلط[4] .

قلت : لا يخفىٰ أن مراده : القصاص ؛ فإنه لا مجال للقتل الحقيقي هنا ، وفي بعض نسخ « التصحيح » : (لم يتحتم) بدون ذكر القتل ، وفيه ضمير يعود على القصاص ، وأورد شيخنا الإمام البلقيني على « المنهاج » أموراً :

أحدها : أنه قال : (**ولو جرح فاندمل**)[5] لكنه في « الروضة » وأصلها حكىٰ عن ابن الصباغ إجراء القولين فيما لو قطع يده ثم قتله قبل الاندمال[6] ، لكن تعقبه شيخنا من جهة أن قضية عدم التحتم تخيير الولي في اليد بين قطعها والعفو ، وأخذ ديتها وانتظار بلوغه وعقله وحضوره ، وهو بعيد ، قال : والذي ينطبق عليه كلام الأصحاب في الطريقين اعتبار الاندمال .

ثانيها : أنه قال : (**لم يتحتم قصاص**) ، **وصوابه** : لم يتحتم الجرح .

قلت : وكذا عبر « التنبيه » بالقصاص[7] ، وأراد به : قصاص الجرح ، فلا إيراد .

ثالثها : أن تعبيره بالأظهر يقتضي قوة الخلاف ، وهو ضعيف منكر لم أقف عليه في شيء من

---

(١) انظر « التهذيب » (٧/٤٠٧) .

(٢) الحاوي (ص ٥٩٤) ، المنهاج (ص ٥١٢) .

(٣) تصحيح التنبيه (٢/٢٤٥) .

(٤) انظر « تذكرة النبيه » (٣/٤٨٢) .

(٥) المنهاج (ص ٥١٢) .

(٦) فتح العزيز (١١/ ٢٦٤ ، ٢٦٥) ، الروضة (١٠/ ١٦١ ، ١٦٢) .

(٧) التنبيه (ص ٢٤٧) .

منصوصات الشافعي ، وقال القاضي الطبري : لا يعرف للشافعي إلا أنه لا يتحتم ، حكاه الرافعي[1] ، ووقع في « المطلب » : أنه معزو لسائر كتبه الجديدة ، وهو وهم ، وحكاه الدارمي في « الاستذكار » عن ابن سريج ، فجعله وجهاً ، وحكى الغزالي في « الوجيز » الخلاف أوجهاً[2] .

٥١٥١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٧] : (**فإن تاب قبل أن يقدر عليه . . سقط انحتام القتل والصلب وقطع الرجل ، وقيل : يسقط قطع اليد ، وقيل : لا يسقط) الأصح** : الأول ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٥٩٤] : (**وسقط إن تاب قبل الظفر ، لا القصاص والغرم**) وعبارة « المنهاج » توهم خلافه ؛ حيث قال [ص ٥١٢] : (**وتسقط عقوبات تخص القاطع بتوبته قبل القدرة عليه**) فإن قطع اليد لا يخص قاطع الطريق ، لكن في « الروضة » : إن قطع اليد يسقط علىٰ **المذهب**[3] ، والعذر « للمنهاج » أن قطع اليد ليس عقوبة كاملة ، وإنما هو جزء عقوبة ؛ فإن المجموع منه ومن قطع الرجل عقوبة واحدة ، فإذا سقط بعضها . . سقط كلها ؛ ولعل عبارة « المنهاج » هي التي غرت ابن الرفعة حتىٰ نقل في « الكفاية » عن النووي اختيار أنه لا يسقط قطع اليد .

٥١٥٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٢] : (**لا بعدها على المذهب**) يقتضي استواء التوبة التي قبل القدرة والتي بعدها ، وليس كذلك ؛ فإن **الأولىٰ** يكتفي بمجردها ، **والثانية** يشترط معها إصلاح العمل كما قاله جماعة من العراقيين والبغوي والروياني ، **وصححه** الرافعي في « الشرح الصغير » ، ونسبه الإمام إلى القاضي حسين ، ونسب مقابله إلىٰ سائر الأصحاب ، وقوله : (**على المذهب**) ينبغي رجوعه إلىٰ ما قبل القدرة أيضاً ؛ فمقابله قولان في الحالين ، لكن عبارة « المحرر » كالصريحة في العود إلىٰ ما بعد القدرة فقط[4] ، وهو ظاهر عبارة « المنهاج » .

٥١٥٣ـ قول « التنبيه » في آخر حد الخمر [ص ٢٤٨] : (**ومن وجب عليه حد الزنا أو السرقة أو الشرب وتاب وأصلح ومضىٰ عليه سنة . . سقط عنه الحد في أحد القولين ، ولم يسقط في الآخر**) **الأظهر** : الثاني كما في « المنهاج » ، فقال [ص ٥١٢] : (**ولا تسقط سائر الحدود بها في الأظهر**) وفيه أمور :

أحدها : أن المراد : حدود الله تعالىٰ كما فصله « التنبيه » .

ثانيها : أنه لا بد مع ذلك من إصلاح العمل كما قدمناه في توبة القاطع بعد القدرة ، وصرح به هنا « التنبيه » كما تقدم .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٢٦٤) .

(٢) الوجيز (٢/ ١٧٨) .

(٣) الروضة (١٠/ ١٦٠) .

(٤) المحرر (ص ٤٣٩) .

ثالثها : أن الذي نص عليه في « الأم » تقييد القولين بما قبل الرفع إلى القاضي[1] ، وفيه طريقان . . **إحداهما** : كذلك ، **ورجحها** شيخنا الإمام البلقيني ، **والثانية** : طردهما في الحالين .

رابعها : أن شيخنا الإمام البلقيني **رجح السقوط** ؛ لأن الشافعي رضي الله عنه جزم به في موضعين من « الأم » ، وقال في « مختصر المزني » : وبه أقول[2] ، **وصححه** صاحب « المهذب » والماوردي[3] .

خامسها : أن محل الخلاف في ظاهر الحكم ، فأما فيما بينه وبين الله تعالىٰ . . فيسقط بلا خلاف ؛ لأن التوبة تسقط أثر المعصية ، قاله النووي من زيادته في السرقة[4] ، وكلامهم في الشهادات يوافقه .

فصل

[في اجتماع الحدود]

٥١٥٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٢] : (**ومن لزمه قصاص وقطع وحد قذف وطالبوه . . جُلد ثم قطع ثم قتل**) المراد : قصاص في النفس ؛ ويدل له قوله : (**ثم قتل**) ، والمراد : قطع قصاص لآدَمِي لا لله تعالىٰ ؛ كقطع السرقة ؛ ويدل له قوله : (**لا قطعه بعد جلده إن غاب مستحق قتله**)[5] ليس المعتبر في الجزم الغيبة ، بل عدم رضا مستحق القتل بالتعجيل ، فلو رضي بالتعجيل ولو في الغيبة . . جاء الخلاف الآتي ، ولو حضر ولم يرض . . جُزِم بامتناع التعجيل .

٥١٥٥ـ قوله : (**وكذا لو حضر وقال : « عجلوا القطع »** ـ أي : وأنا أبادر إلى القتل ـ **في الأصح**)[6] هـٰذا الخلاف تردد للإمام ، وقد قيده بمن خيف موته بالموالاة بحيث يتعذر القصاص في النفس ورأى الجزم بالبدار في غير ذلك[7] ، وقول « الروضة » وأصلها : ورأي الإمام تخصيص الوجهين[8] يوهم أنهما للأصحاب ، وهو المقيد لهما ، وليس كذلك ، بل هما له .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : عندي أن الذي ذكره الإمام من الاحتمالين ممنوع ، **والصواب** :

---

(١) الأم (٦/١٣١) .

(٢) الأم (٦/١٤٦ ، ١٥٢) ، (٧/٥٦) ، مختصر المزني (ص ٢٦٥) .

(٣) المهذب (٢/٢٨٥) ، الحاوي الكبير (١٣/ ٣٧٠) .

(٤) انظر « الروضة » (١٠/١٤٦) .

(٥) المنهاج (ص ٥١٢) .

(٦) انظر « المنهاج » (ص ٥١٢) .

(٧) انظر « نهاية المطلب » (١٧/٣١٨) .

(٨) فتح العزيز (١١/ ٢٦٧) ، الروضة (١٠/ ١٦٣) .

القطع بالتأخير وإن رضي المستحق ؛ لأن الإمهال المشروع علىٰ طريق الإيجاب تحقيقاً حق للذي يقيم عليه العقوبة ، فلا يبادر برضا المستحق ، وقول « المنهاج » : (**الأصح**) يقتضي قوة الخلاف ، وهو ضعيف أو غلط .

٥١٥٦ـ قوله : (**ولو أخر مستحق طرفٍ . . جلد ، وعلىٰ مستحق النفس الصبر حتىٰ يُستوفى الطرف**)[١] قال في « الوسيط » : لا صائر إلىٰ أن مستحق النفس يسلط على القتل ، ويقال لصاحب الطرف : بادر إن شئت ، وإلا . . ضاع حقك ، ولو قيل به . . كان منقدحاً[٢] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : والذي نقوله : أن لمستحق النفس أن يقول لمستحق الطرف : إما أن تستوفي أو تعفو أو تأذن لي في التقدم ، ويجبره الحاكم علىٰ أحد هـٰذه المذكورات ، فإن أبىٰ ذلك كله . . مكّن الحاكم مستحق النفس من القتل ؛ لأنه ظهر الضرر من مستحق الطرف ، وليس له عذر يمنعه من ذلك ، ومستحق القتل طالب حق أثبته الله سبحانه له بقوله : ﴿ فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا ﴾ .

٥١٥٧ـ قوله : (**فإن بادر فقتل . . فلمستحق الطرف ديته**)[٣] أي : في تركة المقتول لا على المبادر .

٥١٥٨ـ قوله : (**ولو أخر مستحق الجلد . . فالقياس : صبر الآخرين**)[٤] تبع فيه الرافعي[٥] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : ليس هـٰذا بالقياس بالنسبة إلى القطع ؛ لأنه يمكن أن يقطع ، ثم لا يفوت الجلد ؛ لأنه يمكن استيفاؤه بعد البرء من القطع ، وصاحب الجلد مقصر بعد أن يرفع إلى الحاكم ، ويقال له : إما أن تستوفي أو تعفو أو تأذن لصاحب القطع في التقدم .

٥١٥٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٨] : (**وإن اجتمع عليه حدان فأقيم أحدهما . . لم يقم الآخر حتىٰ يبرأ من الأول**) وفي بعض النسخ : (**حتىٰ يبرأ ظهره**) وهو خارج مخرج الغالب ؛ لأنه مكان الحدود غالباً ، ولا يتقيد الحكم ، ومحل ذلك : فيما إذا كان الثاني غير قتل ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٥٩٤] : (**وفُرّق غير القتل**) وهو يقتضي أنه إذا اجتمع عليه حدود قذف لجماعة . . لا يوالىٰ بين حدودهم ، بل يمهل بين كل حدين حتىٰ يبرأ ، وقد قال في « أصل الروضة » : هـٰكذا ذكره البغوي وغيره ، لكن سبق في القصاص أنه يوالىٰ بين قطع الأطراف قصاصاً ، وقياسه : أن يوالىٰ بين الحدود[٦] .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥١٢) .
(٢) الوسيط (٦/٥٠٣) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥١٢) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥١٢) .
(٥) انظر « المحرر » (ص ٤٤٠) .
(٦) الروضة (١٠/١٦٤) ، وانظر « التهذيب » (٧/٤٠٥) .

واعترضه في « المهمات » : بأنه إنما يوالي في القصاص إذا كان لواحد دون ما إذا كان لجماعة كما هو نظير مسألتنا ؛ فإنه لا يوالي ؛ لأنه لم يجتمع خطر القطعين علىٰ واحد حتىٰ يقابل بمثله ، ذكره الرافعي قبل العفو عن القصاص[1] ، وأسقطه في « الروضة » .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : نقله ذلك عن البغوي وغيره قصور ؛ فقد نص عليه الشافعي فيما إذا قال : يا زانية بنت الزانية ، فقال : ولو طالبتا جميعاً . . حُدّ للأم مكانه ، وقيل : له الْتَعِن لامرأتك ، فإن لم يلتعن . . حبس حتىٰ يبرأ جلده ، فإذا برأ . . حُد ، إلا أن يلتعن[2] .

وفرّق الماوردي بين الحد والقطع بفرقين :

أحدهما : أن الحد مقدر بالشرع . . فوجب الوقوف عليه ؛ لئلا يختلط بزيادة ، والقصاص مقدر بالجناية . . فجاز الجمع بينهما ؛ لأنه لا يختلط بزيادة .

والثاني : أنه جمع بين القصاصين ؛ لأنهما يجتمعان في حق شخص واحد ، ولم يجمع بين الحدين ؛ لأنهما لا يجتمعان في حق شخص واحد[3] .

وضعف شيخنا الفرقين ، وفرق : بأن جناية القاطع إتلاف ، فأتلف عليه من غير تأخير ، وجناية القاذف إيذاء فلم يحد إلا متفرقاً . انتهىٰ .

وقد عرفت أن حكم المسألتين عند اختلاف المستحق مستوٍ ، فلا حاجة لهـٰذه الفروق ، والله أعلم .

٥١٦٠ـ قوله : (**ثم الأسبق**)[4] يقتضي أنه إذا قذف جماعة مرتباً . . حد للأول فالأول ، وقد ذكر ذلك في « الروضة » وأصلها بحثاً[5] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : كأنه لم يقف علىٰ نقل في ذلك ، وهو موجود في كثير من التصانيف ، قال : ويستثنىٰ منه : ما إذا كان حد الأول قابلاً لإسقاطه باللعان . . فلا يتقدم على **النص المعتمد** السابق في تقديم حد الأم على البنت .

٥١٦١ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٢] : (**ولو اجتمع حدود لله تعالىٰ . . قدم الأخف فالأخف**) داخل في قول « الحاوي » [ص ٥٩٤] : (**ثم الأخف**) لتناول عبارة « الحاوي » حقوق الأدميين أيضاً ، وفصله « التنبيه » بقوله [ص ٢٤٨] : (**فيبدأ بحد الشرب ، ثم يجلد في الزنا ، ثم يقطع في السرقة**) وقد يفهم كلامه قطعه قبل التغريب ، وقال في « الكفاية » : ولم أر لأصحابنا تعرضاً له .

٥١٦٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٨] : (**وإن اجتمع قطع السرقة وقطع المحاربة . . قطعت يده اليمنىٰ**

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٢٧٠) .
(٢) انظر « الأم » (٥/ ٢٨٨) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١١/ ٤٠) .
(٤) انظر « الحاوي » (ص ٥٩٤ ، ٥٩٥) .
(٥) فتح العزيز (١١/ ٢٦٨) ، الروضة (١٠/ ١٦٤) .

للسرقة ، وهل تقطع الرجل معها ؟ قيل : تقطع ، وقيل : **لا تقطع) الأصح** : قطعها معها ؛ أي : ولاء .

٥١٦٣ـ قوله : (**وإن كان مع الحدود قتل في المحاربة . . فقد قيل : يوالي بين الحدود وقيل : لا يوالىٰ)**[1] **الأصح** : الثاني ، وهو داخل في قول « الحاوي » [ص ٥٩٤] : (**وفرّق غير القتل**) .

٥١٦٤ـ قوله « التنبيه » [ص ٢٤٨] : (**وإن كان معها حد قذف . . فقد قيل : يُبدأ به قبل حد الشرب ، وقيل : يبدأ بحد الشرب) الأصح** : الأول كما في « المنهاج »[2] ، وهو داخل في قول « الحاوي » [ص ٥٩٤] : (**ثم للآدمي ثم الأخف**) وقال شيخنا الإمام البلقيني : ليس وجهاً عندنا ، بل هو **منصوص** ؛ لأن الشافعي نص على الابتداء بحقوق الآدميين ثم حقوق الله تعالىٰ .

٥١٦٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٢] : (**وأن القصاص قتلاً وقطعاً يقدم على الزنا**) قال شيخنا ابن النقيب : المشكل فيه شموله تصحيح تقديم قتل القصاص علىٰ حد الزنا ، ولم أره الآن مصرحاً به[3] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إذا كان حد الزنا يوجب الجلد . . قدم على **القتل** ، نص عليه ، ولا خلاف فيه .

قلت : وهو داخل في قول « الحاوي » [ص ٥٩٤] : (**وقُدِّم ـ أي : غير القتل ـ ثم الآدمي**) فجعل تقديم الآدمي فيما إذا تساوت ، فأما إذا كان فيها قتل وغيره . . قدم غير القتل ولو كان لله تعالىٰ والقتل لآدمي ، وأورد شيخنا على « المنهاج » إيرادين آخرين :

أحدهما : أنه لا ينبغي التعبير فيه بالأصح ؛ لنص الشافعي علىٰ أنه يبدأ بحقوق الآدميين مما ليس بقتل ، ثم حق الله تعالىٰ فيما لا نفس فيه ، ثم القتل من ورائها .

ثانيهما : إن كان حد الزنا رجماً . . فلا خلاف في تقديم القطع قصاصاً عليه ؛ فإدخاله في الخلاف غير مستقيم ، وإن كان جلداً . . فهو محل الخلاف في صورة القطع ، وليس محل خلاف في صورة الرجم .

* * *

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٨) .

(٢) المنهاج (ص ٥١٢) .

(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٧/ ٣٥٨) .

كتاب الأشربة

٥١٦٦ـ قول «المنهاج» [ص ٥١٣]: (**كل شراب أسكر كثيره . . حَرُمَ قليله**) أي : وكثيره كما صرح به «التنبيه»[(١)]، وأهمله «المنهاج» لوضوحه ، وتناولهما قول « الحاوي » [ص ٥٩٦] : (**مُسكر جِنسٍ**) .

٥١٦٧ـ قول « التنبيه » : (**ومن شرب المسكر وهو بالغ عاقل مسلم مختار . . وجب عليه الحد**) يعتبر أيضاً : كونه عالماً بأنها خمر ، وبتحريمها ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[(٢)] .

٥١٦٨ـ قوله : (**دون ضرورة عطش ، وإساغة لقمة ، وعذر تداوٍ**)[(٣)] ما ذكره من عدم الحد في شربه للتداوي حكاه في « أصل الروضة » عن القاضي حسين والغزالي ، وإن حكمنا بالتحريم ؛ لشبهة الخلاف[(٤)] ، وقال النووي في « تصحيح التنبيه » : إنه **المختار**[(٥)] ، وقال الإمام : أطلق الأئمة المعتبرون أقوالهم في طرقهم أن التداوي حرام موجب للحد[(٦)] ، ثم ذكر في « أصل الروضة » في شربها للعطش : إذا لم نجوزه . . ففي الحد الخلاف كالتداوي[(٧)] .

واعلم : أن الحد لا يختص بالشرب ، بل لو أكله بخبز أو ثرد فيه خبزاً وأكل الثريد أو طبخ اللحم بالخمر وأكل المرقة . . حد بذلك ، بخلاف ما لو أكل اللحم المطبوخ بها . . فإنه لا يحد ؛ لأن عين الخمر لم تبق فيه .

ويستثنىٰ منه أيضاً : ما لو شربه في ماء والخمر مستهلك فيه . . فإنه لا يحد كما حكاه في « أصل الروضة » عن الإمام ، وجزم به في (الرضاع)[(٨)] .

٥١٦٩ـ قول « المنهاج » عطفاً على المنفي [ص ٥١٣] : (**وكذا حقنة وسعوط في الأصح**) قال شيخنا الإمام البلقيني : ما **صححه** في السعوط ممنوع ؛ فإنه يحصل به ما يحصل بالشرب ، وهو واصل إلى المحل الذي يتأثر بالشرب ، وأما الاحتقان ؛ فإن قيل : إنه يحصل منه **سكر** بوجه **عام** . . فإنه يحد به أيضاً ، ويكون ما أطلقه الأصحاب من أنه لا يحد بالحقنة محمولاً

---

(١) التنبيه (ص ٢٤٧) .

(٢) الحاوي (ص ٥٩٦) ، المنهاج (ص ٥١٣) .

(٣) انظر « الحاوي » (ص ٥٩٦) .

(٤) الروضة (١٠/ ١٧٠) .

(٥) تصحيح التنبيه (٢/ ٢٤٨) .

(٦) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٣٢٦) .

(٧) الروضة (١٠/ ١٧٠) .

(٨) الروضة (١٠/ ١٦٩) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٣٣٠) .

علىٰ ما إذا لم يحصل بذلك سكر بوجه ما .

٥١٧٠ـ قوله : (**ومن غص بلقمة . . أساغها بخمر إذا لم يجد غيرها**)[١] أي : وجوباً .

٥١٧١ـ قوله : (**والأصح : تحريمها لدواءٍ وعطشٍ**)[٢] يفهم أنه وجه ، وهو منصوص كما في « الروضة » وأصلها[٣] ، **والأصح** : أن الجوع كالعطش ، ومحل الخلاف في التداوي : في القليل الذي لا يسكر ، وألاَّ يجد ما يقوم مقامها مع إخبار طبيب مسلم أو معرفة المريض .

٥١٧٢ـ قول « الحاوي » [ص ٥٩٦] : (**يضرب أربعين**) محله : في الحر فأما العبد . . فعشرين ، وقد صرح به « التنبيه » و« المنهاج »[٤] .

٥١٧٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٧] : (**ويضرب في حد الشرب بالأيدي والنعال وأطراف الثياب ، وقيل : يجوز بالسوط ، والمنصوص هو الأول**) **الأصح** : جواز السوط أيضاً ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي » ، بل حكى « المنهاج » وجهاً : أنه يتعين السوط[٥] ، وفي قول « التنبيه » : (**إن المنصوص الأول**) نظر ؛ فقد قال في « الكفاية » بعد قوله : (وكذا قاله القاضي أبو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ) : وكأنهم أخذوه من قول « المختصر » : وإن ضرب بنعل أو طرف ثوب أو رداء وما أشبهه . انتهىٰ[٦] .

ولم يحك الرافعي والنووي هـٰذا إلا وجهاً[٧] ، وقال الشافعي كما في « المختصر » : (يضرب المحدود بسوط بين سوطين لا جديد ولا خلق)[٨] ، ومقتضىٰ ذلك : أنه لا فرق بين المحدود في الخمر وغيره .

٥١٧٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٣] : (**ولو رأى الإمام بلوغه ثمانين . . جاز في الأصح**) محله : في الحر ، أما العبد . . فغاية بلوغه أربعون ، وقد صرح به « التنبيه »[٩] ، وفي التعبير بالأصح نظر ؛ فنصوص « الأم » و« المختصر » قاضية بذلك ، بنقله ذلك عن الصحابة[١٠] ، ومقتضىٰ قول « التنبيه » [ص ٢٤٧] : (**إن بلغ بالحد**) أن الزائد حد ، **والأصح** : أنه تعزير ؛ ولذلك قال

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥١٣) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥١٣) .
(٣) فتح العزيز (١١/ ٢٧٧) ، الروضة (١٠/ ١٦٩) .
(٤) التنبيه (ص ٢٤٧) ، المنهاج (ص ٥١٣) .
(٥) الحاوي (ص ٥٩٦) ، المنهاج (ص ٥١٣) .
(٦) مختصر المزني (ص ٢٦٦) .
(٧) فتح العزيز (١١/ ٢٨٣) ، الروضة (١٠/ ١٧١) .
(٨) مختصر المزني (ص ٢٦٧) .
(٩) التنبيه (ص ٢٤٧) .
(١٠) الأم (٦/ ١٨٠) ، مختصر المزني (ص ٢٦٦) .

« المنهاج » [ص ٥١٣] : (**والزيادة تعزيرات**) وهو أحسن من قول « المحرر » : (تعزير)[١] لأن القائل بأنها حد أورد أن التعزير لا يجوز أن يبلغ أربعين .

فيجاب : بأنها تعزيرات علىٰ أنواع صدرت منه من هذيان وغيره .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : التعزيرات لا بد من تحقق سببها ولم يتحقق السبب فالمسألة معضلة ، وقوله : (**والزيادة**) أي : المذكورة في قوله : (**ولو رأى الإمام بلوغه ثمانين**) فلا يقال : كلامه يقتضي أنه تجوز الزيادة على الثمانين ، وليس كذلك ، وقوله : (**وقيل : حد**)[٢] قد يفهم أنه لا يضمن لو مات بها ، قال شيخنا الإمام البلقيني : ولم يقل بذلك أحد من أئمة المذهب .

٥١٧٥ـ قوله : (**ويحد بإقراره أو شهادة رجلين**)[٣] في « تعليق الشيخ أبي حامد » طريق ثالث ، وهي : أن نعلم شربه من إناء شرب منه غيره فسكر .

قال الرافعي : (وليكن هـٰذا بناء على القضاء بالعلم)[٤] ، قال شيخنا الإمام البلقيني : والمحكي عن أبي حامد هو النص في « الأم » و« المختصر »[٥] .

٥١٧٦ـ قوله : (**ويكفي في إقرار وشهادة : « شرب خمراً »**)[٦] هـٰذا في الشهادة ، أما في الإقرار . . فيقول : (شربت خمراً) ، ومثله : (شربت ما شرب منه غيري فسكر منه) ، ونازع شيخنا الإمام البلقيني في الاكتفاء بالتنكير ؛ لجواز إرادة المجاز ، قال : والموجود في نص الشافعي وكلام الأصحاب : شرب الخمر[٧] ، قال : فإن قيل : التعريف لا يمنع المجاز . . قلنا : يبعد مع التعريف ولا يبعد مع التنكير ، علىٰ أنا نقول في صورة التعريف : لا بد أن يأتي بما يرفع المجاز ؛ فقد يتجوز بالخمر علىٰ ما يصير خمراً ، فإن كان هناك ما يخرج هـٰذا المجاز . . حددناه ، وإلا . . فلا ، ونبه شيخنا علىٰ أمرين آخرين :

أحدهما : أنه ينبغي أن يزيد في الشهادة : من غير أن يسيغ بها ما غص به ، وإن لم يشترط في الشهادة كونه عالماً مختاراً ، وقد قال في « الأم » : إنما يعاقب الناس على اليقين[٨] ، ولا يقين إذا لم يذكر ذلك .

---

(١) المحرر (ص ٤٤١) .
(٢) المنهاج (ص ٥١٣) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥١٣) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٢٨٠) .
(٥) الأم (٦/ ١٤٤) ، مختصر المزني (ص ٢٦٥) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٥١٣) .
(٧) انظر « الأم » (٦/ ١٤٤) .
(٨) الأم (٦/ ١٤٤) .

ثانيهما : أن مقتضىٰ كلامه : أنه يسوغ للشاهد في شرب النبيذ أن يقول : (شرب خمراً) لقوله أول الباب : (**كل شراب أسكر كثيره.. حرم قليله ، وحد شاربه**)[1] ثم قال هنا : (**ويكفي** ـ يعني : في إيجاب الحد علىٰ شارب ما ذكر ـ : « **شرب خمراً** »)[2] وهـٰذا لا يسوغ للشاهد قطعاً ، ولو قلنا : إن اسم الخمر يتناوله حقيقة ؛ لأن الشارب قد يعتقد إباحة القدر الذي لا يسكر . . فيكون مع ذلك مقبول الشهادة ، وإطلاق شرب الخمر عليه يقتضي فسقه ورد شهادته .

٥١٧٧ـ قوله : (**ولا يحد حال سكره**)[3] لم يبين هل ينعقد بالحد لو وقع أم لا ؟ وفيه وجهان حكاهما في « الكفاية » عن القاضي حسين ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : **الأصح** : الإجزاء ؛ ففي « صحيح البخاري » : عن عقبة بن عامر قال : (جيء بالنعمان ـ أو بابن النعمان ـ وهو سكران ، وأمر من في البيت أن يضربوه ، فضربوه بالجريد والنعال)[4] ، وعن أبي هريرة قال : (أتى النبي صلى الله عليه وسلم بسكران ، فأمر بضربه . . . الحديث)[5] ، قال : وهـٰذان صريحان أو ظاهران ، أو الأول صريح والثاني ظاهر في جواز إقامة الحد عليه في حال سكره إذا كان على الحالة التي لم يصل فيها إلىٰ أن يصير ملقىً لا حراك به .

٥١٧٨ـ قوله : (**ويفرقه على الأعضاء إلا المقاتل والوجه ، قيل : والرأس**)[6] يقتضي أن استثناء الرأس وجه ضعيف ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٥٩٦] : (**ويفرق على البدن ، لا الوجه والمقتل**) .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وليس كذلك ، بل هو نص الشافعي في « مختصر البويطي » ، وقد نقله القاضي أبو الطيب في « تعليقه » ، **وصححه** ، وقال : إذا اتقينا الفرج ؛ لأنه مقْتل . . فالرأس بذلك أولىٰ ؛ لأنه موضع شريف ، وفيه مقتل ويخاف من ضربه نزف الماء في العين وزوال العقل ، وحكاه أيضاً ابن الصباغ والروياني في « الكافي » ، وقال : إن مقابله خطأ ، وجزم به الخوارزمي في « الكافي » ، قال شيخنا : ولا نص للشافعي يخالفه ؛ **فهو المعتمد** .

قلت : وعليه مشى « التنبيه » في حد الزنا[7] ، واعلم : أن الرافعي علل كونه لا يجتنب الرأس بأنه مستور بالشعر[8] ، ومقتضاه : أنه لو لم يكن عليه شعر لقرع أو حلق رأس . . اجتنبه قطعاً .

---

(١) المنهاج (ص ٥١٣) .
(٢) المنهاج (ص ٥١٣) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥١٣) .
(٤) صحيح البخاري (٢١٩١) ، (٦٣٩٣) .
(٥) صحيح البخاري (٦٣٩٩) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٥١٣) .
(٧) التنبيه (ص ٢٤٢) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (١١/٢٨٦) .

٥١٧٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٣] : (**ولا تجرد ثيابه**) قد يفهم أنه يترك عليه الجبة المحشوة والفروة ، وليس كذلك ؛ ولهٰذا قال « التنبيه » [ص ٢٤٢] : (**ولا يجرد ، بل يكون عليه قميص**) وفي « أصل الروضة » : قميص أو قميصان .

٥١٨٠ـ قول « الحاوي » [ص ٥٩٦] : (**ولاءً**) و« المنهاج » [ص ٥١٣] : (**ويوالي الضرب بحيث يحصل زجرٌ وتنكيلٌ**) ضبطه الإمام فقال : إن لم يحصل به ألم له وقع ؛ كسوط أو سوطين كل يوم . . لم يكف ، وإن حصل ؛ فإن لم يتخلل ما يزول به الألم الأول . . كفىٰ ، وإن تخلل . . لم يكف في **الأصح** ، حكاه عنه في « أصل الروضة » ، وأقره[1] .

٥١٨١ـ قول « التنبيه » في حد الزنا [ص ٢٤٢] : (**ولا يقيم الحد في المسجد**) عبر بمثل ذلك في « الروضة » وأصلها ، قالا : ويسقط الفرض لو أقيم كما لو صلىٰ في مكان مغصوب . انتهىٰ[2]

وكلامهم يشعر بتحريمه ، لكن في « أصل الروضة » في (القضاء) : أنه مكروه[3] ، ونص عليه في « الأم » فقال : وإذا كرهت له أن يقضي في المسجد . . كنت لأن يقيم الحد في المسجد أو يعزر أكره[4] .

* * *

---

(١) الروضة (١٠/ ١٧٣) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٣٥٩ ، ٣٦٠) .
(٢) فتح العزيز (١١/ ٢٨٧) ، الروضة (١٠/ ١٧٢) .
(٣) الروضة (١١/ ١٣٨) .
(٤) الأم (٦/ ١٩٨) .

بابُ التّعزير

٥١٨٢ـ قولهما : (**ومن أتىٰ معصية لا حد فيها ولا كفارة . . عزر**)[١] وقول « الحاوي » [ص ٥٩٦] : (**ويعزِّر الإمام لمعصية غيرها**) يعني : غير ذوات الحدود المتقدم ذكرها ، يستثنىٰ منه مسائل :

الأولىٰ : ذوو الهيئات في عثراتهم ؛ فقد قال في « الأم » بعد روايته حديث عائشة : « تجافوا لذوي الهيئات عن عثراتهم »[٢] : (سمعت من أهل العلم من يعرف هـٰذا الحديث ويقول : يتجافىٰ للرجل ذي الهيئة عن عثرته **ما** لم تكن حداً ، قال : وذوو الهيئات الذين يقالون عثراتهم الذين ليسوا يعرفون بالشر فيزل أحدهم الزلة)[٣] .

وحكىٰ في « الشامل » عن الشافعي فيما إذا كتب بعض المسلمين إلى المشركين . . فاختار الإمام : أنه إن كان من ذوي الهيئات . . لم يعزر ؛ لحديث حاطب بن أبي بلتعة[٤] ، وهـٰذه صورة مما تقدم ، وكذلك ما ذكره الشيخ عز الدين بن عبد السلام في « قواعده » : أنه إذا صدرت الصغيرة من بعض أولياء الله تعالىٰ . . لا يجوز للأئمة والحكام تعزيرهم عليها ، بل تقال عثرتهم ، وتستر زلتهم[٥] ، قال : وقد جهل أكثر الناس فزعموا أن الولاية تسقط بالصغيرة ، ولم يعلقه الشافعي بالأولياء ؛ لأن ذلك لا يطلع عليه .

وحكى الماوردي في ذوي الهيئات وجهين :

أحدهما : أنهم أصحاب الصغائر دون الكبائر .

والثاني : أنهم الذين إذا أتوا الذنب . . ندموا عليه وتابوا منه ، **والمعتمد** ما ذكره الشافعي من أنهم لا يعرفون بالشر ، قال الماوردي : وفي عثراتهم وجهان :

أحدهما : أنها صغائر الذنوب التي لا توجب الحدود .

والثاني : أنها معصية زل فيها مطيع[٦] .

الثانية : الأصل لا يعزر لحق الفرع كما لا يحد بقذفه ، وإن لم يسقط حق الإمام من ذلك ، صرح به الماوردي .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٨) ، و« المنهاج » (ص ٥١٤) .
(٢) أخرجه الشافعي في « مسنده » (١/ ٣٦٣) .
(٣) الأم (٦/ ١٤٥) .
(٤) انظر « الأم » (٤/ ٢٥٠) ، وفي (ب) ، (ج) : (حاطب بن بلتعة) .
(٥) قواعد الأحكام في إصلاح الأنام (١/ ٢١٠) .
(٦) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/ ٤٤٠) .

الثالثة : إذا وطىء امرأته أو أمته في دبرها . . فلا يعزر أول مرة ، وإنما يُنهىٰ ، فإن عاد . . عزر ، نص عليه في « المختصر »[1] ، وصرح به جماعة .

الرابعة : إذا رأىٰ من يزني بزوجته وهو محصن ، فقتله في تلك الحالة . . فلا تعزير عليه وإن افتات على الإمام ؛ لأجل الحميّة والغيظ ، حكاه ابن الرفعة عن ابن داوود ، ونقل الماوردي والخطابي في مقالة عن الشافعي : أنه يحل له قتله فيما بينه وبين الله تعالىٰ إذا لم تكن بينة ، وإن كان يقاد به في الظاهر ، وهو منصوص عليه في « الأم »[2] .

الخامسة : إذا نظر شخص إلىٰ بيت غيره وجوزنا رمي عينيه ، فلم يرتدع . . ضربه بالسلاح ونال منه ما يردعه ، قال الرافعي عن النص : ولو لم ينل منه صاحب الدار . . عاقبهُ السلطان[3] ، هـٰذا لفظه ، ومقتضاه : عدم التعزير إذا نال منه وكأنه حد هـٰذه المعصية ، وقد يقال : هـٰذا نوع تعزير شرعاً لصاحب المنزل ، فإذا لم يستوفه . . فللإمام استيفاؤه .

السادسة : إذا دخل واحد من أهل القوة إلى الحمى الذي حماه الإمام للضعفة ونحوهم ، فرعىٰ منه . . قال القاضي أبو حامد : لا تعزير عليه ولا غرم وإن كان عاصياً ، كذا في « المهمات » ، وكلام أبي حامد في زيادة « الروضة » في (إحياء الموات) ليس فيه : (وإن كان عاصياً) ، وإنما فيه : لكن يمنع من الرعي[4] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ليس هـٰذا بعاصٍ ، وإنما فعل مكروهاً ، ولا تعزير فيه ، فإن قيل : الافتيات على الإمام معصية . . قلنا : الإمام إنما فعل ذلك لمصلحة الضعفاء لا لتحريمه علىٰ غيرهم ، فلم يصل إلىٰ رتبة المعصية ، علىٰ أنا لو سلمنا أنه معصية . . فمنعه وإخراج دوابه تعزير ، فيكتفىٰ بمثل ذلك في نحو هـٰذا .

السابعة : إذا ارتد ثم أسلم . . فإنه لا يعزر أول مرة ، نقل ابن المنذر الاتفاق عليه ، وذكره « التنبيه » بقوله [ص ٢٣١] : (**فإن تكرر ذلك منه . . عزر**) .

ويجاب عنه : بأن الردة حدها القتل ، فإذا أسلم . . سقط الحد ، فلا تعزير ، وأما إذا تكررت . . فإنه لم يقابل التكرير بشيء ، فقوبل بالتعزير .

الثامنة : إذا كلّف السيد عبده ما لا يطيق . . فإنه يحرم عليه ، ولا يعزر أول مرة ، وإنما يقال له : لا تعد ، فإن عاد . . عزر ، ذكره الرافعي في آخر الباب الأول من (اللعان)[5] .

---

(١) مختصر المزني (ص ١٧٤) .
(٢) الأم (٦/٣٠) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١١/٣٢٢) .
(٤) الروضة (٥/٢٩٣ ، ٢٩٤) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٩/٣٥٥ ، ٣٥٦) .

التاسعة : إذا طلبت المرأة نفقتها بطلوع الفجر . . قال في « النهاية » : الذي أراه أن الزوج إن قدر علىٰ إجابتها . . فهو حتم ، ولا يجوز تأخيره وإن كان لا يحبس ولا يوكل به ، ولكن يعصي بمنعه[1] .

العاشرة : إذا عرّض أهل البغي بسب الإمام . . لم يعزروا **على الأصح** من « زيادة الروضة »[2] ، قال في « البحر » : وكأن سببه أن التعزير ربما كان مخرجاً لما عندهم ومهيجاً له ، فيفتح بسببه باب القتال .

ويرد عليهم أيضاً : أن التعزير قد يكون في غير معصية ، وذلك في صور :

إحداها : الصبي والمجنون يعزران إذا فعلا ما يعزر عليه البالغ ، وإن لم يكن فعلهما معصية ، نص عليه في الصبي ، وذكره القاضي حسين في المجنون .

ثانيها : قال الماوردي في « الأحكام السلطانية » : يمنع المحتسب من يكتسب باللهو ويؤدب عليه الآخذ والمعطي[3] ، وظاهره تناول اللهو المباح .

ثالثها : نفي المخنث نص عليه الشافعي ، مع أنه لا معصية فيه إذا لم يتقصده ، وإنما فُعل للمصلحة .

رابعها : قال شيخنا الإمام البلقيني : حبس الحاكم من ثبت عليه الدين ولم يظهر منه تقصير ولم تثبت ملاءته ، وادعى الإعسار ولم يثبت ما ادعاه ، لا وجه له إلا أن يدعي أن هٰذا طريق في الظاهر بين الناس إلىٰ خلاص الحقوق ، فيفعل هٰذا عملاً بأن الظاهر الملاءة ؛ لأن ثبوت الدين بطريق المعاملة ونحوها يدل على الملاءة ، أما حبس من ظهرت ملاءته ومطله . . فلمعصيته .

وأورد **على** « التنبيه » و« المنهاج » اجتماع التعزير والكفارة في مسائل :

الأولىٰ : الجماع في [شهر][4] رمضان ؛ فإنه يجب فيه التعزير مع الكفارة كما حكى البغوي في « شرح السنة » إجماع الأمة عليه[5] ، وفي « شرح المسند » للرافعي ما يقتضيه ، وجزم به ابن يونس في « شرح التعجيز »[6] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : هٰذه الدعوى التي ذكرها البغوي غير صحيحة ؛ فإنه عليه الصلاة والسلام لم يعزر المجامع في نهار رمضان ، ولم يذكر ذلك أحد من

---

(١) نهاية المطلب (١٥/ ٤٦٩) .

(٢) الروضة (١٠/ ٥١) .

(٣) الأحكام السلطانية (ص ٣٣٩) .

(٤) في (د) : (نهار) .

(٥) شرح السنة (٦/ ٢٨٤) .

(٦) في حاشية (ج) : (وقال بعضهم : إن التعزيز إنما جاء لهتك حرمة رمضان ، والكفارة لأخذ الإثم ، كذا قاله ابن الملقن في « شرح العمدة ») .

الأئمة القدماء في خصوص المسألة ؛ **فالصحيح** : أنه لا يعزر ، وجزم به ابن الرفعة في « الكفاية » ، **وهو المعتمد** ، ووهم من جعله وهماً[(١)] .

الثانية : جماع الحائض يعزر فاعله بلا خلاف ، كما حكىٰ في « المهمات » التصريح به عن بعض الأصحاب مع القول بوجوب الكفارة ، وقد عرفت أن **الجديد** : عدم الكفارة ؛ فالاستثناء إنما هو **على القديم** .

الثالثة : المظاهر يجب عليه التعزير مع الكفارة ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : الكفارة تجب بالعود أو الظهار ، والعود شرط فيه أو بهما ؟ أوجه ، فإن قلنا بالعود.. عزر ، أو بالظهار.. **فالأصح** : لا ، أو بهما.. فوجهان .

الرابعة : إذا قتل من لا يقاد به ؛ كابنه وعبده.. وجب التعزير كما نص عليه في « الأم » مع الكفارة ، وأجاب عنه في « المهمات » : بأن كفارة القتل ليست للمعصية ، بل لإعدام النفس ؛ بدليل إيجابها في الخطأ ، فيبقى التعمد خالياً عن زاجر ، فأوجبنا فيه التعزير ، قال : وهـٰذا يقتضي إيجاب التعزير في محرمات الإحرام إن كانت إتلافاً كالحلق والصيد ، دون الاستمتاع كاللبس والطيب ؛ ولذلك اتضح ما ذكره الأصحاب من الكفارة والتعزير في اليمين الغموس ، فالتعزير للكذب والكفارة لانتهاك الاسم المعظم حيث أكد الكذب به ، وبذلك أجاب ابن عبد السلام وابن الصلاح ، قال : ومثله ذكره ابن عبد السلام في « القواعد الصغرىٰ » : أنه لو زنىٰ بأمّه في جوف الكعبة في رمضان وهو صائم معتكف محرم.. لزمه العتق والبدنة ، ويحد للزنا ، ويعزر لقطع رحمه وانتهاك حرمة الكعبة . انتهىٰ[(٢)]

ولا يرد شيء من هـٰذه الصور على « الحاوي » لأنه لم يعتبر في إيجاب التعزير انتفاء الكفارة ، وكذا فعل الشيخ أبو حامد والماوردي وابن الصباغ والقاضي حسين والبغوي والغزالي ، حكاه عنهم شيخنا الإمام البلقيني ، ثم قال بعد ذكره نص الشافعي علىٰ وجوب التعزير علىٰ قاتل من لا يقاد به : ظهر بهـٰذا النص أن هـٰذه الزيادة ، وهو قوله : (**ولا كفارة**)[(٣)] ليس معتمدة **على المذهب** .

وأورد عليهم : اجتماع الحد والتعزير في شارب الخمر ؛ فإن الحد أربعون ، والزيادة إلى الثمانين تعزير كما تقدم ، وقد صرح « المنهاج » بالمسألة[(٤)] ، وإنما الإيراد علىٰ إطلاقه هنا ، وقد لا يرد على « الحاوي » لقوله [ص ٥٩٦] : (**ويعزر الإمام لمعصيةٍ غيرها**) وذلك لا ينافي التعزير مع شيء قدمه .

---

(١) في حاشية (ج) : (هو الإسنوي) .

(٢) الفوائد في اختصار المقاصد (ص ٧٢) .

(٣) المنهاج (ص ٥١٤) .

(٤) المنهاج (ص ٥١٤) .

واعلم : أن الإمام حكىٰ عن المحققين فيما لو علم أن التأديب لا يحصل إلا بالضرب المبرح . . أنه ليس له الضرب ، لا المبرح ؛ لأنه مهلك ، ولا غيره ؛ لعدم إفادته[1] ، وعليه مشى « الحاوي » في النشوز ، فقال : (**ضرب إن نجع**)[2] ومقتضىٰ ذلك : استثناؤه من عبارة « التنبيه » و« المنهاج » هنا ، لكن قال الرافعي : يشبه أن يضرب ضرباً غير مبرح ؛ إقامة لصورة الواجب ، وإن لم يفد التأديب[3] ، وأهمل في « الروضة » هٰذا البحث ، وهو بحث حسن ، ويقوىٰ بما قاله المحققون : أنه لو قتل نحيفاً بضربات تقتل مثله غالباً ، وتيقنا أو ظننا ظناً مؤكداً أن الجاني لا يموت بتلك الضربات . . فلا تراعى المماثلة ، بل يقتل بالسيف ، حكاه الرافعي عن الإمام[4] ، وكذا لو لاطَ بصبي فمات وقلنا : يدس في دبره خشبة قريبة من آلته . . فلا يفعل إذا لم يتوقع موته بذلك ، بل يقتل بالسيف ، حكاه الرافعي عن « التتمة »[5] .

٥١٨٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٤] : (**بحبس أو ضرب أو صفع أو توبيخ**) فيه أمور :

أحدها : أنه يقتضي أنه ليس له الجمع بينها ولا بين نوعين منها ، وليس كذلك ؛ ففي « أصل الروضة » : أن له الجمع بين الحبس والضرب[6] ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٥٩٦] : (**حبسا ولوماً وجلداً**) .

ثانيها : ظاهر عبارتهما التخيير بين هٰذه الأمور ، وليس كذلك ، بل لا يرقىٰ إلىٰ مرتبة وهو يرىٰ ما دونها كافياً ، حكاه الإمام عن الأصحاب ، وأقره في « الروضة » وأصلها[7] ، وقد يدل عليه قول « المنهاج » بعده [ص ٥١٤] : (**ويجتهد الإمام في جنسه وقدره**) فإن المراد : الاجتهاد في الأصلح واللائق .

ثالثها : ظاهر كلامهما أنه لا يتعين للحبس مدة ، وليس كذلك ، بل شرطها النقص عن سنة ، وقد نص عليه في « الأم » في قتل المؤمن الكافر ، فقال : (ولا يبلغ بحبسه سنة)[8] ، ولم يطلع الإمام علىٰ هٰذا النص ، فحكاه في « الغياثي » عن بعض الفقهاء ، وقال : إنه فاسد ، وليس التغريب حداً كاملاً ، وإنما هو جزء من حد ، وحكى ابن الرفعة عن الزبيري تقديرها بستة أشهر ، وهو محمول على العبد ، ومع ذلك : ففي التعبير تساهل ؛ فالمعتبر نقصها عن ستة أشهر .

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٣٤٧) .
(٢) الحاوي (ص ٤٨٩) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٢٩٣) .
(٤) فتح العزيز (١٠/ ٢٧٨) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٦/ ١٨١) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٢٧٦) .
(٦) الروضة (١٠/ ١٧٤) .
(٧) فتح العزيز (١١/ ٢٨٩) ، الروضة (١٠/ ١٧٤) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٣٦٢) .
(٨) الأم (٦/ ٣٨) .

رابعها : أنهما لم يذكرا التعزير بالنفي ، وذكره في « الروضة » في حد الزنا ، فقال : إن النبي صلي الله عليه وسلم نفى المخنثين ، وهو تعزير[1] ، وفي قطع الطريق ، فقال في « المعين » : **الأصح** : أن الإمام يعزره باجتهاده بالحبس أو التغريب أو سائر وجوه التأديب كسائر المعاصي ، وحكىٰ في « الكفاية » عن الماوردي وغيره جواز التعزير بالنفي وفي « اختلاف الحديث » للشافعي : أن من اشترط خلاف ما قضىٰ به رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد أن بلغه نهيه عنه . . عاصٍ ، وفي المعاصي حدود وآداب ، فكان من أدب العاصين : أن يعطل عليهم شروطهم ليتنكلوا عن مثله ويتنكل بها غيرهم ، وكان هـٰذا من أيسر الأدب[2] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وهـٰذا النوع الذي ذكره الشافعي لم أر من تعرض له في التعزير ، إلا أن يدخل ذلك تحت التوبيخ ؛ لأن إبطال شرطه من جملة التوبيخ .

٥١٨٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٤] : (**وقيل : إن تعلقت بآدمي . . لم يكف توبيخ**) الذي في « الروضة » : إذا طلبه الآدمي . . فهل يجب ؟ وجهان :

أحدهما : يجب ، وهو مقتضىٰ كلام صاحب « المهذب » .

والثاني : لا ، وهو ما أطلقه أبو حامد وغيره ، ومقتضىٰ كلام البغوي ترجيحه ، وقال الإمام : قدر التعزير وما به التعزير إلىٰ رأي الإمام ، ولا يكاد يظهر جنايته عنده . . إلا وبّخه وأغلظ عليه ، فيؤول الخلاف إلىٰ أنه هل يجوز الاقتصار على التوبيخ ؟[3]

٥١٨٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٨] : (**غير أنه لا يبلغ به أدنى الحدود**) أي : في حقه ، فإن كان عبداً . . نقص عن عشرين ، وإن كان حراً . . نقص عن أربعين كما صرح به « المنهاج »[4] ، وهو معنىٰ قول « الحاوي » [ص ٥٩٦ ، ٥٩٧] : (**ناقصاً عن أدنىٰ حده**) وحمل الإصطخري ذلك في « تصنيفه » في أدب القضاء على الضرب بالدرة ، قال : فإن ضرب بالسوط . . فأحب ألاَّ يزاد على العشرة ، وفي « الصحيحين » : عن أبي بردة بن نيار قال : سمعت النبي صلي الله عليه وسلم يقول : « لا يجلد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله »[5] ، واقتصر الترمذي علىٰ تحسينه[6] ، وقال ابن المنذر : في إسناده مقال ، وقال أبو محمد الأصيلي : اضطرب

---

(١) الروضة (١٠/ ٩٠) .

(٢) اختلاف الحديث (ص ٥٢١) .

(٣) الروضة (١٠/ ١٧٦) ، وانظر « المهذب » (٢/ ٢٨٨) ، و« نهاية المطلب » (١٧/ ٣٤٩) ، و« التهذيب » (٧/ ٤٢٨ ، ٤٢٩) .

(٤) المنهاج (ص ٥١٤) .

(٥) البخاري (٦٤٥٨) ، مسلم (١٧٠٨) .

(٦) سنن الترمذي ، باب ما جاء في التعزير (١٤٦٣) .

إسناده[1] ، وقال الماوردي : لم يثبت هـٰذا الحديث عند الشافعي من وجه يجب العمل به ، فإن صح وثبت . . فقد اختلف أصحابنا في وجوب العمل به علىٰ وجهين :

أحدهما ـ وهو ظاهر قول ابن سريج ـ : أن العمل به واجب ، لا تجوز الزيادة في التعزير علىٰ عشر جلدات ، ويكون هـٰذا مذهب الشافعي[2] .

وقال صاحب « التقريب » : هـٰذا خبر صحيح ، لو بلغ الشافعي . . لقال به ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه المختار علىٰ أصل الشافعي في اتباع الخبر .

٥١٨٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٨] : (**وإن رأىٰ ترك التعزير . . جاز ذلك**) محله : فيما إذا كان لحق الله أو لحق آدمي ولم يطلبه ؛ فإن كان لآدمي وطلبه . . وجبت إقامته ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٥٩٧] : (**ويهمل لا للعبد بطلبه**) ، وحكاه في « أصل الروضة » عن مقتضىٰ كلام « المهذب »[3] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : ويوافقه كلام القاضي أبي الطيب والماوردي والصيدلاني ، **وهو الصحيح** ، ثم حكىٰ في « الروضة » عدم الوجوب عن إطلاق الشيخ أبي حامد وغيره ، قال : ومقتضىٰ كلام البغوي ترجيحه[4] .

٥١٨٧ـ قول « المنهاج » فيما لو عفا مستحق تعزير [ص ٥١٤] : (**فله في الأصح**) أي : فللإمام إقامته ، و« الحاوي » [ص ٥٩٧] : (**وإن عُفِيَ**) قد يفهم منه أن للإمام إقامته بغير طلب ؛ لأنه إذا جاز بعد العفو . . فقبل الطلب أولىٰ ، وليس كذلك ؛ فالمنقول في « الروضة » وأصلها في (باب اللعان) : أنه لا يستوفيه إلا بعد الطلب[5] ، والفرق : أنه بالعفو يسقط حقه ، فيبقىٰ حق الإصلاح للإمام ، وقبل الطلب الإصلاح منتظر لم يُؤيَسْ منه ، ولو أقيم . . لفات عليه حق الطلب وحصول التشفي .

* * *

(١) انظر « التلخيص الحبير » (٤/٧٩) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/٤٣٩) .
(٣) الروضة (١٠/١٧٦) ، وانظر « المهذب » (٢/٢٨٨) .
(٤) الروضة (١٠/١٧٦) ، وانظر « التهذيب » (٧/٤٢٨) .
(٥) فتح العزيز (٩/٣٦٥) ، الروضة (٨/٣٣٣) .

كتاب الصيال وضمان الولاة

٥١٨٨ـ كذا في « المنهاج »[١] ، وكان ينبغي أن يزيد في الترجمة : (وإتلاف البهائم) كما في « الروضة »[٢] ؛ لذكره حكمه فيه ، وأما حكم الختان . . فإنما ذكر توطئة لبيان حكم ما إذا ختنه فمات ، وهو من ضمان الولاة .

٥١٨٩ـ قول « التنبيه » ـ وهو في قتال أهل البغي ـ [ص ٢٣٠] : (**ومن قصد قتل رجل . . جاز للمقصود دفعه عن نفسه ، وهل يجب ذلك ؟ قيل : يجب ، وقيل : لا يجب**) فيه أمور :

أحدها : لا يخفىٰ أن المراد القاصد بغير حق ، وتعبير « المنهاج » و« الحاوي » بـ (**الصيال**)[٣] يفهم ذلك .

ثانيها : محله : ما إذا لم يمكنه الهرب ، فإن أمكن . . وجب ، وقد ذكره « المنهاج » فقال [ص ٥١٥] : (**فإن أمكن هربٌ . . فالمذهب : وجوبه**) وقد يفهم منه إثبات طريقة قاطعة بالوجوب ، وليس كذلك ، وإنما فيه طريقة القولين ، **وهي الأصح** ، وحمل نص الهرب علىٰ ما إذا تيقن النجاة به ، والنص الآخر علىٰ ما إذا لم يتيقن ، ولو عبر بالأظهر . . لكان أحسن ؛ وقد يقال : الهرب من جملة الدفع ؛ ولهٰذا قال « الحاوي » [ص ٦٠١] : (**بصياح وهرب**) ومحل إيجاب الهرب : في غير الصائل الحربي والمرتد ؛ ففيهما لا يجب الهرب ، بل لا يجوز في الحالة التي يحرم فيها الفرار .

ثالثها : الخلاف قولان ، **والأظهر** : أنه لا يجب الدفع كما ذكره « المنهاج »[٤] ، وكذا **رجح** في « الروضة » وأصلها أنه قولان[٥] ، لكن نازع فيه شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : ليس بمعتمد ، ولم يذكره إلا الإمام والغزالي والزاز[٦] ، والذي ذكره الشيخ أبو حامد والعراقيون والماوردي والقاضي حسين والبغوي وغيرهم : أنه وجهان[٧] ، قال : والذي عندنا أن جواز الدفع منصوص « الأم » و« المختصر »[٨] ، وأما وجوبه : فلم أقف عليه في كلام الشافعي ، وعن القاضي حسين : إن

---

(١) المنهاج (ص ٥١٥) .
(٢) الروضة (١٠/ ١٧٧) .
(٣) الحاوي (ص ٦٠٠) ، المنهاج (ص ٥١٥) .
(٤) المنهاج (ص ٥١٥) .
(٥) فتح العزيز (١١/ ٣١٤) ، الروضة (١٠/ ١٨٨) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٣٦٧ ، ٣٦٨) ، « الوجيز » (٢/ ١٨٥) .
(٧) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/ ٤٥٥) ، و« التهذيب » (٧/ ٤٣٢) .
(٨) الأم (٦/ ١٧٧) ، مختصر المزني (ص ٢٦٨) .

أمكن دفعه بغير قتله .. وجب ، وإلا .. فلا ، ومال شيخنا الإمام البلقيني إلىٰ هـٰذا ، واستثنىٰ : ما إذا أمكن الدفع بغير القتل من محل الخلاف ، وقال : إنه يجب قطعاً ، وحكاه عن « التتمة » ، وقال : إنه لا بد منه ، وأيده ترجيحهم وجوب الهرب .

رابعها : محل الخلاف : فيما إذا كان القاصد مسلماً ، فإن كان كافراً أو بهيمة .. وجب الدفع ، قال النووي في « تصحيحه » : قطعاً[1] ، وسبقه إليه نفي الخلاف القاضي حسين ، وأشار الروياني إلىٰ خلاف في الكافر ، قال في « الروضة » : وهو غلط ، والصواب الأول ، وبه قطع الأصحاب[2] ، وقال في « المطلب » : لعل ما قاله الروياني في الذمي ، فأما الحربي : فلا يجوز الاستسلام له أصلاً ، وكذلك المرتد ؛ لوجوب قتله .

وعبر « المنهاج » بقوله [ص ٥١٥] : (**ويجب عن بُضْعٍ ، وكذا نفسٌ قصدها كافر أو بهيمةٌ ، لا مسلمٌ في الأظهر**) وظاهره عود الخلاف للكافر والبهيمة أيضاً ؛ لذكره لهما بعد قوله : (**وكذا**) ، وليس كذلك ، وعبارة « الحاوي » [ص ٦٠٠] : (**والبهيمة والمجنون والكافر عن النفس**) فزاد ذكر المجنون ، وفي معناه : الصبي ، وإلحاق المجنون والصبي بالبهيمة والكافر طريقة حكاها الرافعي ، ثم قال : والأشبه طرد القولين[3] ، وعبر في « الروضة » بقوله : **والمذهب** : طرد القولين[4] ، ومقتضاه : ترجيح جواز الاستسلام ، لكن صحح شيخنا الإمام البلقيني تلك الطريقة ، وحكاها عن جزم الماوردي[5] ، وقال : هو الذي يقوىٰ في التوجيه من جهة أنهما لم يبوءا بالإثم ، فأشبها البهيمة .

وأجيب عن « التنبيه » : بأن البهيمة لم تدخل في كلامه ؛ لتعبيره بـ (من) ، وهي للعقلاء .

خامسها : قيد شيخنا الإمام البلقيني المسلم بكونه محقون الدم ، فلو كان غير محقون ؛ كالزاني المحصن وتارك الصلاة ومن تحتم قتله في قطع الطريق .. وجب الدفع قطعاً ، وحكي عن القاضي حسين والإمام والغزالي تقييد الخلاف بكونه محقون الدم[6] .

سادسها : تعبيره بالمقصود يقتضي أن غيره ليس كذلك ، مع أن أصح الطرق أن الدفع عن نفس غيره كالدفع عن نفسه وجوباً وجوازاً ؛ ولهـٰذا لم يقيد « المنهاج » و« الحاوي » ذلك بنفسه ، بل أطلق « الحاوي » [ص ٦٠٠] : (**النفس**) بالتعريف ، و« المنهاج » [ص ٥١٥] : (**نفساً**) بالتنكير ، ثم

---

(١) تصحيح التنبيه (٢/١٩٢) .
(٢) الروضة (١٠/١٨٨) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١١/٣١٥) .
(٤) الروضة (١٠/١٨٩) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/٤٥٥) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (١٧/٣٦٧) ، و« الوسيط » (٦/٥٢٩) .

صرح به بعد ذلك ، فقال : (**والدفع عن غيره كهو عن نفسه ، وقيل : يجب قطعاً**)[1] ويزاد عليه طريقة ثالثة ، وهي : أنه لا يجب قطعاً ، حكاها في « أصل الروضة » ، ومحل الخلاف : إذا لم يخف علىٰ نفسه كما جزم به في « أصل الروضة » ، وحكاه الرافعي عن إبراهيم المروذي وغيره[2] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : ولا بد منه ، إلا إذا كان في قتال الحربيين أو المرتدين . . فلا يسقط الوجوب بذلك .

٥١٩٠ـ قول « الحاوي » [ص ٦٠٠] : (**الصائلُ يُدفع ولو عن المال**) هو في المال جائز ؛ بدليل قوله بعده : (**ويجب عن البضع**)[3] ، وقد صرح به « المنهاج » فقال [ص ٥١٥] : (**لا يجب الدفع عن مال**) ، وهو أعم من تعبير « التنبيه » بقوله [ص ٢٣٠] : (**وإن قصد ماله**) لتناوله مال غير الدافع ، ولو أنه مال الصائل ، ومحل ذلك : ما إذا كان لم يكن المال حيواناً ، فإن كان حيواناً . . وجب الدفع عنه ؛ كما إذا رآه يشدخ رأس حمار ولو أنه للشادخ على الأصح في « أصل الروضة » ، وحكاه الرافعي عن البغوي[4] .

٥١٩١ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٥] و« الحاوي » [ص ٦٠٠] : (**ويجب عن البضع**) أعم من قول « التنبيه » [ص ٢٣٠] : (**وإن قصد حريمه . . وجب عليه الدفع عنه**) لتناوله بضعه وبضع أجنبية ولو أمة ، وشرط البغوي للوجوب : ألاَّ يخاف علىٰ نفسه[5] ، ولم يتعقبه الرافعي والنووي ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : هو قيد معتبر ، تقدم نظيره في الدفع عن غيره .

٥١٩٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٥] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٦٠٠] : (**ولو سقطت جرة ولم تندفع عنه إلا بكسرها . . ضمنها في الأصح**) قال شيخنا الإمام البلقيني : إنه لم يسبق الرافعي إلىٰ تصحيحه أحد[6] ، قال : **والأصح** عندنا : أنه لا ضمان على الكاسر ؛ لأمور : منها : أنها كانت مشرفة على الانكسار لو سقطت على الأرض ، وقد كانت تضرّ بالساقطة عليه لو لم يكسرها ، فما كسرها إلا وهي آيلة إلى الكسر ، مع أنه دافع للضرر عن نفسه ، وأشار إلىٰ ذلك القاضي حسين ، فقال في تعليله : لأن من حقه أن يتأخر ولا يدفعه ، فلم يُلْزمه بالضمان إلا حيث أمكنه أن يتأخر ، ومقتضاه : أنه إذا لم يمكنه التأخر . . لا ضمان ، وحاول في « المطلب » تخريجه على الخلاف فيما لو ألقاه من شاهق ، فقده آخر بنصفين ، حتىٰ يجري وجه ثالث بوجوب الضمان عليها .

---

(١) المنهاج (ص ٥١٥) .
(٢) فتح العزيز (١١/ ٣١٦ ، ٣١٧) ، الروضة (١٠/ ١٨٩) .
(٣) الحاوي (ص ٦٠٠) .
(٤) فتح العزيز (١١/ ٣١٧) ، الروضة (١٠/ ١٨٩) ، وانظر « التهذيب » (٧/ ٤٣٣) .
(٥) انظر « التهذيب » (٧/ ٤٣١ ، ٤٣٢) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٣١٣) .

ورده شيخنا الإمام البلقيني : بأن الإلقاء في صورة القد كان مضموناً ، وقيد شيخنا محل الخلاف بقيدين : أن يكون علىٰ غير روشن ونحوه ، وألاَّ يضعها صاحبها مائلة أو علىٰ وجه يغلب على الظن سقوطها ؛ ففي هاتين الصورتين لا ضمان قطعاً .

٥١٩٣ـ قول « الحاوي » [ص ٦٠٠] : (**وبهيمة تمنع الجائع من طعام**) أي : فيضمن كالجرة ، قال الرافعي : ويمكن أن يجعل **الأصح هنا** : الإهدار ؛ كما إذا عم الجراد المسالك ، فوطئه المُحْرِم[١] .

٥١٩٤ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**ويُدفع الصائل بالأخف**)[٢] فيه أمران :

أحدهما : قال الماوردي : هـٰذا التدريج في غير الفاحشة ، أما من أولج في الفرج . . فيجوز أن يبدأ بالقتل ؛ فإنه في كل لحظة مواقع ، ثم فيه وجهان محتملان :

أحدهما : للدفع ، فيختص بالرجل ولو بكراً .

والثاني : حد ، فتقتل المرأة الثيب وتجلد البكر ، وأما الرجل . . فيقتل كذلك ، **والأظهر** : قتله مطلقاً[٣] .

ثانيهما : قال شيخنا الإمام البلقيني : محله : ما إذا كان معصوماً فإن لم يكن معصوماً ؛ كالحربي والمرتد . . فلا يجب عليه مراعاة الأخف ، وله العدول إلى القتل ؛ إذ لا حرمة له تقتضي مراعاة الأخف ، وكذا حكم كل من لا يقتل به من تارك الصلاة وزانٍ محصن .

٥١٩٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٠] : (**وإن عض يد إنسان ، فنزعها منه ، فسقطت أسنانه . . لم يضمن**) محله : ما إذا لم يمكن تخليصها بدون ذلك ، فإن أمكن بدونه . . ضمن ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٥١٥] : (**خلصها بالأسهل من فك لحييه وضرب شدقيه ، فإن عجز فسلها فندرت أسنانه . . فهدرٌ**) و« الحاوي » [ص ٦٠١] : (**وفك لحيي من عض يده أو ضرب شدقيه ، ثم سل يده وإن ندرت أسنانه**) لكن مقتضى « الحاوي » : التخيير بينهما ، وليس كذلك ؛ فالفك مقدم على الضرب ؛ لأنه أسهل .

فإن قلت : وقد ذكره « التنبيه » أيضاً فقال [ص ٢٣٠] : (**وإن لم يقدر علىٰ تخليصها إلا بفك لحييه ، ففكهما . . لم يضمن**) .

قلت : أراد « المنهاج » و« الحاوي » **بفك** لحييه : رفع أحدهما عن الآخر بلا جرح ، وهـٰذا مقدم علىٰ ضرب شدقيه ، فليس له ضربهما إذا أمكن التخليص بالرفع ، وأراد « التنبيه » : **فك**

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١١/٣١٣) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٠) ، و« الحاوي » (ص ٦٠١) ، و« المنهاج » (ص ٥١٥) .

(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/٤٥٨) .

أحدهما عن الآخر بفصل وإبانة ، وهـٰذا أشد من سل اليد حتىٰ تندر الأسنان ؛ ولهـٰذا اعتبر في عدم الضمان به ألاَّ يقدر علىٰ تخليصها إلا بذلك ، ورفع أحد اللحيين عن الآخر أهون الأمور ، فيفعل بلا شرط .

وظاهر عبارة « المنهاج » و« الحاوي » الحصر فيما ذكراه ، وليس كذلك ؛ **فالصحيح في** « أصل الروضة » : أنه إذا لم يمكنه التخلص إلا ببعج بطنه أو فقأ عينه أو عصر خصيبه .. جاز[1] ، وهـٰذا كفك اللحيين الذي ذكره « التنبيه » .

فإن قلت : ففي « مختصر المزني » عن الشافعي : فإن بعج بطنه بسكين أو فقأ عينيه بيديه أو ضربه في بعض جسده .. ضمن ، قال المزني : قلت أنا : لا يضمن[2] .

قلت : إنما قال الشافعي هـٰذا فيما إذا أمكن دفعه بدون ذلك ؛ بدليل أنه قال في « الأم » : (فإن ترك شيئاً مما وصفنا له وبعج بطنه ... إلىٰ آخره)[3] فدل علىٰ أن صورته فيما إذا ترك ما هو أسهل من ذلك مع التمكن منه ، وإنما خالفه المزني ؛ لظنه أنه قال ذلك مع العجز عما هو دونه ، ذكره شيخنا الإمام البلقيني بمعناه ، ثم قال : وعندي في فقأ العينين نظر ؛ فإن مثل ذلك لا يدوم كعصر الخصية ، فلا يكون حاملاً للعاض علىٰ ترك العض ؛ فالإقدام عليه مع هـٰذا الاحتمال ممتنع ، ثم ذكر شيخنا : أن شرط هـٰذه المسألة : ألاَّ يكون المعضوض مرتداً ولا متحتم القتل في قطع الطريق ونحوهما ، فمن هو كذلك .. ليس له أن يفعل بالعاض ما يؤدي إلىٰ سقوط أسنانه ، قال : ولا توقف عندي فيه ، وإن وقف من وقف فيه ، ولا يخفىٰ أن ذكر اليد مثال ، فعض سائر الأعضاء كذلك ؛ ولهـٰذا لم يذكر اليد في بعض نسخ « الحاوي » .

٥١٩٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٠] : (**وإن اطلع رجل في بيت رجل وليس بينهما محرمية .. جاز رمي عينه**) فيه أمور :

أحدها : **الأصح** : أنه لو كان الناظر امرأة أو مراهقاً .. كان الحكم كذلك ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٥١٥] : (**ومن نظر**) و« الحاوي » [ص ٦٠١] : (**ناظر**) لكن يدخل في عبارتهما : غير المراهق ، مع أنه لا يجوز رميه ولو كان مميزاً ، وقال الشيخ زين الدين بن الكتناني : كيف يجوز رمي المراهق وهو غير مكلف ؟ قال : ولو كان في الدار محرم للناظر أو زوجة أو متاع .. لم يُرم ؛ لأجل الشبهة فأي شبهة أقوىٰ من عدم التحريم ، فالقول بجواز رميه غفلة ، مع أن نظره لا يحرم .

---

(١) الروضة (١٠/١٨٨) .
(٢) مختصر المزني (ص ٢٦٨) .
(٣) الأم (٦/٢٩) .

قال في « التوشيح » : وجوابه : أن كونه غير مكلف لا يعصمه من الرمي ؛ فإن الرمي ليس للتكليف ، بل لدفع مفسدة النظر ، فسواء أوقع النظر من مكلف أو غيره ممن يحصل به المفسدة ، وقوله : (ولو كان في الدار محرم . . لم يُرْمَ لأجل الشبهة) قلنا : تلك شبهة في المحل المنظور فيه ، وأما المراهق . . فلا شبهة له في المحل ، وقوله : (نظر المراهق لا يحرم) **الصحيح** عند الرافعي والنووي : أن نظره كنظر البالغ[1] ، وفي الحقيقة الوجهان في رمي المراهق هما الوجهان في نظره ؛ إن جوزناه . . لم يرمِ ، وإن لم نجوزه **وهو الأصح** : جاز رميه ؛ فلا اعتراض على الرافعي ، ولا غفلة منه ، بل ممن قال : إن نظر المراهق لا يحرم .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : المراهق في حرمة النظر كالبالغ ، وهٰذا تعزير له ، والتعزير لا يتوقف على التكليف ، وقيد شيخنا المذكور مسألة المرأة بما إذا كانت الناظرة كافرة والمنظور إليها مسلمة ، وفرعنا علىٰ منع نظر الكافرة للمسلمة ، أو نظرت المرأة المسلمة لما يمتنع عليها أن تنظر إليه ، فحينئذ . . تُرمىٰ .

ثانيها : لا يخفىٰ أن ذكر الرجل ثانياً مثال ؛ فالمرأة أولىٰ بذلك .

ثالثها : محله : ما إذا كان صاحب البيت مكشوف العورة ، وإلا . . **فالأصح** : أنه لا يجوز الرمي ، إلا أن يكون هناك امرأة فيرمي ، ولو كانت مستترة ؛ ولهٰذا قال « المنهاج » [ص ٥١٥] : (**ومن نظر إلىٰ حُرَمِهِ في داره**) و« الحاوي » [ص ٦٠١] : (**ورمي عين ناظر حرمه**) ويرد عليهما : الرجل المكشوف العورة ، وتردد شيخنا فيما لو كان المنظور إليه خنثىٰ مشكلاً ؛ أي : إلىٰ غير عورته ، وقال : الأقرب أنه لا يرميه .

رابعها : يمتنع أيضاً فيما إذا كان له هناك مَحْرَم أو زوجة ، ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[2] ، وعبر عنه في « التصحيح » بالصواب[3] ، وفيه نظر ؛ فالخلاف موجود في ذلك ، وشرطه في المحرم : أن تكون غير متجردة ، وإلا . . فيرمي ، وفي معناهما : ما لو كان له هناك متاع ، ذكره في « أصل الروضة »[4] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه ممنوع ؛ فإن مثل ذلك لا يقتضي الشبهة ؛ بدليل ما لو كان الساكن في الدار مستأجراً والناظر المالك . . فإنه يجوز رميه كما قاله أبو الفرج السرخسي ، وأقره عليه في « أصل الروضة » ، وكذا المستعير علىٰ أحد وجهين في « أصل

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٣٢٥) ، و« الروضة » (١٠/ ١٩٣) .

(٢) الحاوي (ص ٦٠١) ، المنهاج (ص ٥١٥) .

(٣) تصحيح التنبيه (٢/ ١٩٣) .

(٤) الروضة (١٠/ ١٩٣) .

الروضة » بلا ترجيح[1] ، لكن **صححه** شيخنا الإمام البلقيني ، قال : وقد ذكر القاضي الحسين صورة المؤجر والمعير ، وقال : إن ذلك يقرب من السرقة ، **والصحيح** في السرقة : القطع ، وكذا يمتنع الرمي فيما إذا كان محرماً لحرم صاحب الدار وما بين سرتهن وركبتهن مستور .

خامسها : شرط الرمي : ما إذا كان النظر من كوة أو نَقْب كما عبر به « المنهاج »[2] ، وعبر « الحاوي » [ص ٦٠١] بـ (**الثقبة**) ، وهي فيما يظهر أعم ؛ لأنه يدخل فيها شق الباب ، ولا بد من تقييد ذلك بالضيق ، فلو كانت واسعة بحيث يُنسب صاحب الدار إلىٰ تقصير في ذلك ؛ فإن نظر ماراً . . لم يجز رميه ، وكذا لو وقف ونظر متعمداً **في الأصح** ، وكذا لو نظر من باب الدار المفتوح . . لا يجوز ، لكن قيده « الوجيز » بما إذا لم يقدم الإنذار ، فله الرمي مع تقديم الإنذار[3] ، وتبعه الرافعي[4] و« الحاوي » فقال [ص ٦٠١] : (**فإن فتح الباب . . قدم الإنذار**) ، وأسقطه في « الروضة » .

سادسها : استثنىٰ شيخنا الإمام البلقيني من كلامهم : ما إذا كان النظر بقصد الخطبة أو شراء الأمة حيث يباح النظر ، فلا يجوز رميه ، وهو واضح .

سابعها : ظاهر كلامهم أن هـٰذا أمر مستحق لصاحب الدار ، ولكن لو كان الحاضر أبا الزوجة أو أخاها أو غيرهما من محارمها . . **فالقياس** : ثبوت هـٰذا الأمر له ، ولا يتعدىٰ إلى الأجنبي ، نبه عليه شيخنا الإمام البلقيني .

قلت : ولا ينبغي أن يتوقف في جواز الرمي للمرأة المنظورة أيضاً ، والله أعلم .

ثامنها : اعتبر « المنهاج » أن يكون النظر عمداً ، فليس له رمي من وقع بصره اتفاقاً ، لكن شرطه : أن يعلم بذلك صاحب الدار ، فلو ادعى المرمي عدم القصد . . فلا شيء على الرامي ؛ لأن الاطلاع حصل والقصد باطن ، قال الرافعي : وهو ذهاب إلىٰ جواز الرمي من غير تحقق القصد ، وفي كلام الإمام ما يدل على المنع حتىٰ يتبين الحال ، وهو حسن[5] .

٥١٩٧ـ قول « المنهاج » بعد قوله [ص ٥١٥] : (**بشرط عدم مَحْرَمٍ وزوجة للناظر**) : (**قيل : واستتار الحُرَم ، قيل : وإنذار قبل رميه**) عبارة ملتبسة ؛ لأنه اعتبر في الشرط الأول العدم ، فإن اعتبرناه في الوجهين الآخرين . . لم يستقم في الثاني ؛ إذ ليس الشرط علىٰ ذلك الوجه في جواز الرمي : عدم الإنذار ، بل وجود الإنذار وإن لم نعتبره في الوجهين . . لم يستقم في الأول ؛ إذ ليس

---

(١) الروضة (١٠/ ١٩٣ ، ١٩٤) .
(٢) المنهاج (ص ٥١٥) .
(٣) الوجيز (٢/ ١٨٦) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٣٢٦) .
(٥) فتح العزيز (١١/ ٣٢٣) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٣٧٦) .

الشرط علىٰ ذلك الوجه في جواز الرمي : استتار الحُرَم ، بل عدم استتارهن ، فظهر اعتبار العدم في استتار الحرم ، والوجود في الإنذار قبل الرمي ؛ فيكون قوله : (**واستتار**) معطوفاً علىٰ (**مَحْرَم**) ، وقوله : (**وإنذار**) معطوفاً علىٰ (**عدم**) أي : بشرط إنذار قبل رميه ، فلو أفصح عن المقصود.. لزال هـٰذا الإلباس ، وأيّ فائدة في اختصار كلمة واحدة ، وإيقاع في لبس عظيم .

واعلم : أن تضعيف اعتبار الإنذار إنما هو إذا لم يوجد تقصير بفتح الباب أو اتساع الكوة ونحوهما ، فإن وجد ذلك.. فلا بد من الإنذار كما تقدم ، والله أعلم .

فصل

[ضمان الولاة]

٥١٩٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥١] : (**ولو عزّر وليٌّ ووالٍ وزوجٌ ومُعَلِّمٌ.. فمضمونٌ**) و« الحاوي » بعد ذكر تعزير الإمام والأب ومأذونه والسيد : (**فإن سرىٰ.. ضمن**)[1] ، أعم من قول « التنبيه » في (باب ما تجب به الدية) من (الجنايات) [ص ٢٢٠] : (**وإن ضرب الوالد ولده ، أو المعلم الصبي ، أو الزوج زوجته ، أو ضرب السلطان رجلاً في غير حد ، فأدىٰ إلى الهلاك.. وجبت الدية**) لكن دخل في تعبيرهما ما لا مدخل له في الهلاك ؛ كتوبيخ غير الحامل والحبس والنفي والصفعة الخفيفة ؛ لذكرهما قبل ذلك أن التعزير يكون بالحبس والتوبيخ ، ثم أطلقا التعزير هنا مع أن هـٰذا ليس مضموناً بلا خلاف ، ولا يرد ذلك على « التنبيه » لتعبيره بالضرب .

ويستثنىٰ من كلامهم معاً ثلاثة أمور ذكرها شيخنا الإمام البلقيني :

الأول : إذا اعترف بما يقتضي التعزير وطلب بنفسه من الوالي أن يعزره فعزره بطلبه.. لم يكن مضموناً ؛ لإذنه .

الثاني : إذا عزر زوجته الأمة بإذن سيدها.. فلا ضمان .

الثالث : إذا عزر المعلم الرقيق بإذن مالكه ، كما حكاه في « أصل الروضة » عن البغوي : أنه لو كان مملوكاً فضربه بإذن سيده.. لم يضمن ؛ لأنه لو أذن في قتله فقتله.. لم يضمنه[2] .

٥١٩٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٥] : (**ولو حَدَّ مقدَّراً.. فلا ضمان**) لا معنىٰ لوصف الحدّ بالتقدير إلا التأكيد ؛ لأن الحد لا يكون إلا مقدراً ؛ ولهـٰذا لم يصفه به « التنبيه » و« الحاوي » ، وكأنه احترز عن حد الشرب ، فسنتكلم عليه .

٥٢٠٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٦] : (**ولو ضرب شارب بنعال وثياب فمات.. فلا ضمان على**

---

(١) الحاوي (ص ٥٩٦ ، ٥٩٧) .
(٢) الروضة (١٠/ ١٧٧) .

الصحيح) كان ينبغي أن يقول : (على النص) فإنه منصوص الشافعي في « الأم » و« المختصر »[1] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : ولا يجوز إثبات مقابله عندي ؛ لأنه مخالف للسنة الصحيحة ، وادعاء نسخه بالجلد باطل ، ولو صح . . لكان عدولاً إلى الأخف ، وذلك لا يقتضي الضمان .

٥٢٠١ـ قوله : (**وكذا أربعون سوطاً على المشهور**)[2] قال شيخنا الإمام البلقيني : إنه مخالف لنص الشافعي رضي الله عنه في « الأم » حيث قال : (فديته علىٰ عاقلة الإمام)[3] ، قال : ولم أجد له نصاً بعدم الضمان وحكى الماوردي عن الجمهور ما يقتضي التضمين .

٥٢٠٢ـ قول « التنبيه » تفريعاً علىٰ منع الضرب في حد الخمر بالسوط [ص ٢٤٨] : (**فإن ضربه بالسوط فمات . . فقد قيل : يضمن بقدر ما زاد علىٰ ألم النعال ، وقيل : يضمن جميع الدية**) الثاني هو **الأصح** ، وفي « الكفاية » : أن النووي **اختار** أنه يضمن نصف الدية ، ولم أره في كلامه ، وفيها أيضاً عن الإمام أنه الذي ذهب إليه المحققون ، وليس كذلك ؛ فالذي نقله الإمام عنهم ضمان الجميع[4] .

٥٢٠٣ـ قوله : (**فإن ضرب الحر أحداً وأربعين فمات . . ففيه قولان ، أحدهما : يضمن نصف ديته ، والثاني : يضمن جزءاً من أحد وأربعين جزءاً من ديته**)[5] **الأصح** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٥١٦] : (**وجب قسطه بالعدد**) وقال الرافعي : إن كلام الأئمة إلىٰ ترجيحه أَمْيَلُ[6] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : لم أقف علىٰ ترجيحه في كلام من الأصحاب ، **والأصح** بمقتضىٰ نص « الأم » و« المختصر » : إيجاب نصف الدية ؛ فإنه قاسه علىٰ ما إذا ضربه رجل ثمانين وضربه آخر واحدة ومات من ذلك . . فإن الضمان عليهما نصفين ، وإذا ثبت ذلك في الأصل المقيس عليه إما قطعاً وإما مرجحاً . . ثبت أن **الأرجح** هنا : التوزيع بالتنصيف يحسب المضمون وغير المضمون ، قال : والميل الذي استشعره الرافعي إنما جاء من جهة من يقيس إيجاب النصف علىٰ صورة الجراحة ، ثم يفرق في القول الثاني بأن نكاية الجراحات في الباطن والضربات في الظاهر ، وقد عرفت أن الشافعي إنما قاسه علىٰ ما لا يدخله هـٰذا الفرق ، إلا أن يخالفوا النص ويوجبوا على الرجلين الدية مقسطة علىٰ عدد ضربيهما ، **والمعتمد** : نص صاحب المذهب ، ثم قال شيخنا :

---

(١) الأم (٦/ ٨٧) ، مختصر المزني (ص ٢٦٦) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥١٦) .
(٣) الأم (٦/ ٨٧) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٣٣٥) ، و« الروضة » (١٠/ ١٧٧ ، ١٧٨) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٧) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٢٩٨) .

ومحل هـٰذا الخلاف : ما إذا ضربه الزائد مع بقاءِ ألم الضرب الأول ، فإن ضربه الحد كاملاً وزال ألم الضرب ، ثم ضربه الزائد فمات . . ضمن ديته كلها بلا خلاف .

٥٢٠٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٦] : (**ويجريان في قاذف جُلد أحداً وثمانين**) قال شيخنا الإمام البلقيني : مقتضاه : أن القولين منصوصان في الزيادة على الأربعين في شرب الخمر ، وأنهما يجريان في هـٰذه الصورة ، وليس كذلك ، وإنما النص عليهما في هـٰذه الثانية ، وأطلق في الأولى ضمان عاقلة الإمام الدية ، ولم يرد بذلك كل الدية ، وإنما أراد بعضها .

٥٢٠٥ـ قول « الحاوي » [ص ٥٩٧] : (**والأب ومأذونه الصغير**) كذلك المعتوه في معنى الصغير ؛ فللأب تأديبه بما يضبطه ، والأم إذا كان الصبي في كفالتها يشبه أن تكون كالأب ، قاله الرافعي .

٥٢٠٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٦] : (**ولمستقل قطع سلعة إلا مخوفة لا خطر في تركها ، أو الخطر في قطعها أكثر**)[1] فيه أمور :

أحدها : قال شيخنا ابن النقيب : المستقل هو : البالغ العاقل[2] ، وفهم ذلك من عبارة « الروضة » وأصلها ؛ فإنه جعل في مقابلته الموليَّ لصغر أو جنون[3] ، ويوافقه عبارة « الحاوي » فإنه عبر بدل المستقل بالعاقل ، فقال [ص ٥٩٨] : (**وللعاقل قطع سلعة ليس أخطر**) أي : ليس قطعها أخطر من تركها ، ولا يخفى اعتبار البلوغ مع العقل .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ليس المراد : المستقل المطلق بل المستقل بنفسه ، وهو كذلك في بعض نسخ « المنهاج » ، وهو : البالغ العاقل الحر ولو مع السفه ، أو المكاتب ، أو الموصىٰ بإعتاقه بعد موت الموصي وقبل إعتاقه إذا جعلنا كسبه له ، بخلاف المنذور إعتاقه أو المشروط إعتاقه ؛ لأن كسبه لمالكه ، فليس مستقلاً بنفسه ، وبخلاف العبد الموقوف ؛ فإنه ليس مستقلاً بنفسه ، قال : وإن شئت . . قلت : هو المكلف الحر أو الرقيق الذي كسبه له ، قال : وفي « الروضة » في (الجنايات) فيما إذا خاط جرحه في لحم ميت : ولو تولاه الإمام في مجروح ؛ فإن كان بالغاً رشيداً . . فكذلك ؛ لأنه لا ولاية له عليه[4] ، ومقتضاه : أن السفيه ليس مستقلاً بنفسه في ذلك ، وليس كما اقتضاه كلامه .

ثانيها : مقتضىٰ كلامهما الجواز إذا استوى الخطر في القطع والترك ، ونازع فيه شيخنا الإمام

---

(١) **السلعة** : غدة تخرج بين اللحم والجلد تكون بقدر الحمصة إلى الجوزة فما فوقها . انظر « فتح العزيز » (١١/ ٣٠٠) .

(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٧/ ٣٧٠) .

(٣) فتح العزيز (١١/ ٣٠١) ، الروضة (١٠/ ١٧٩) .

(٤) الروضة (٩/ ١٦٤) .

البلقيني ، وقال : لم يسبق الرافعي إلىٰ ترجيحه أحد[1] ، **والأصح** : المنع ، وهو اختيار الشيخ أبي حامد .

ثالثها : مقتضىٰ كلامهما : أن ذلك لا يجب ، قال شيخنا الإمام البلقيني : لكن إذا كان الخوف في الترك أكثر وقال الأطباء : إن لم يقطع . . حصل أمر يفضي إلى الهلاك . . فإنه يجب كما يجب دفع المهلكات ، ويحتمل الاستحباب .

٥٢٠٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٦] : (**ولأبٍ وجَدٍّ قطعها من صبي ومجنون مع الخطر إن زاد خطر الترك ، لا لسلطان ، وله ولسلطان قطعها بلا خطرٍ ، وفصدٌ وحجامةٌ**) فيه أمران :

أحدهما : مقتضاه : أن وصي الأب والجد ليس له شيء من ذلك ، ويخرج من كلام الماوردي فيه وجهان ، حكاهما في (الضمان)[2] ، ونقل ذلك شيخنا الإمام البلقيني إلى الجواز ، وقال : وفيه نظر ؛ لأنه لا شفقة له علىٰ محجوره كالأب أو الجد .

نعم ؛ لو كانت الأم وصية أو قلنا : تلي . . اتجه أن تنزل منزلة الأب ، ثم قال : **والأصح** عندي في الوصي وأمين الحكم : أنهما كالحاكم .

ثانيهما : قال شيخنا المذكور : حيث يطلق السلطان . . فالمراد به : الإمام ونوابه ، إلا في هٰذا الموضع ، قال الماوردي : حكي وجهين في تنزيل القاضي والأمير منزلة الإمام ، وحكي في أمين الحاكم وجهين ، ذكره في الضمان قود أو دية[3] ، فنقلناه إلى الجواز وعدمه ، وعبارة « الحاوي » [ص ٥٩٨] : (**وللأب والجد بلا خطر ، أو حيث الترك أخطر ، وفصد الصغير وحجامته**) فيرد عليه الأمر الأول ، وفاته ذكر أن للسلطان قطع السلعة حيث لا خطر ، والفصد والحجامة ، قال في « التعليقة » : فلو قال : (وللولي بلا **خطر** من الصغير ، وفصده وحجامته ، وحيث الترك أخطر للأب والجد) . . كان موافقاً لما ذكره الأئمة .

٥٢٠٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٦] : (**فلو مات بجائزٍ من هٰذا . . فلا ضمان في الأصح**) كان ينبغي أن يقول : (الصحيح) لضعف مقابله ، وهو في « أصل الروضة » محكي عن الجماهير[4] .

٥٢٠٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٤ ، ٢١٥] : (**وإن قطعها ـ** أي : السلعة ـ **حاكم أو وصي من صغير فمات . . ففيه قولان ، أحدها : يجب عليه القود ، والثاني : يجب عليه الدية**) **الأظهر** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٥١٦] : (**ولو فعل سلطانٌ بصبيٍّ ما مُنع منه . . فدية مغلظة في ماله**)

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٣٠١) .

(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/ ٤٣٠) .

(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/ ٤٢٩ ، ٤٣٠) .

(٤) الروضة (١٠/ ١٨٠) .

لكن مال شيخنا الإمام البلقيني إلىٰ وجوب القصاص فيما إذا كان الخوف في القطع أكثر ، وحكاه عن جزم الماوردي في غير الإمام ؛ كالأمير والقاضي ، وحكىٰ فيما إذا كان إماماً وجهين[1] ، ومقتضىٰ فرضه المسألة في السلطان : أن الأب والجد ليسا كذلك ؛ إما لانتفاء الدية ؛ أو لأنها على العاقلة ، وليس كذلك ، بل لو فعلا الممنوع . . فالدية عليهما في مالهما ؛ فلا معنىٰ لتقييد ذلك بالسلطان ، وذكر الماوردي أن محل الخلاف فيما إذا كان ترك القطع أخوف ، وقد عرفت أن الخلاف في ضمان الوصي قولان في « التنبيه » ، وتقدم من كلام شيخنا حكاية وجهين من كلام الماوردي ، والله أعلم .

٥٢١٠ـ قول « التنبيه » في العاقلة [ص ٢٢٨] : (**وما يجب بخطأ الإمام . . فهو في بيت المال في أحد القولين ، وعلىٰ عاقلته في الآخر**) **الأظهر** : الثاني ، ومحل الخلاف : فيما إذا وجب بخطئه في الأحكام ، وعليه مشى « الحاوي » و« المنهاج »[2] ، لكن تعبيره بقوله : (**وما وجب بخطأ الإمام في حد أو حكم**)[3] يخرج التعزير ، وذكر شيخنا الإمام البلقيني أن **مذهب الشافعي** : القطع بأنه على العاقلة ، وقال : لم أجد له إثبات قولين في ذلك ؛ فإثباتهما ضعيف ، وإن جرىٰ عليه جمع كثير من الأصحاب ، ومحل الخلاف أيضاً : فيما إذا لم يسرف المعزر ، ولا ظهر منه قصد القتل ، فإن كان كذلك . . تعلق به القصاص ، والدية المغلظة في ماله .

٥٢١١ـ قول « الحاوي » [ص ٥٩٧] : (**وما لم يَجُزْ كالحكم بعبدين بتقصير**) هو أعم من قول « المنهاج » [ص ٥١٦] : (**ولو حده بشاهدين فبانا عبدين أو ذميين أو مراهقين ؛ فإن قصّر في اختبارهما . . فالضمان عليه**) لأنه يدخل فيما لم يجز ما إذا بانا عدوين للمشهود **عليه** أو أصلين أو فرعين للمشهود له أو امرأتين أو فاسقين أو تبين أحدهما فقط بهٰذه الصفة أو حده في الزنا بأربعة فبانوا أو بعضهم كذلك ؛ فعبارة « المنهاج » طويلة غير مستوعبة ، ولو عبر بالكافرين . . لكان أعم ؛ فالحربي في ذلك كالذميّ ، إلا فيما يتعلق بالخلاف في التضمين ؛ فإنه يجري في المستأمن دون الحربي الذي لا أمان له ، فلو بان أن الطالب للحد أصل للحاكم أو فرع له ، وقد أقر المدعىٰ عليه أو قامت البينة المعتبرة . . فقال شيخنا الإمام البلقيني : الذي يظهر والله أعلم أنه لا يتعلق بالحاكم من ذلك ضمان ؛ لأن شأن الحاكم البحث عن الشهود ، وليس من شأنه البحث عن الخصم بالنسبة لما يندر ولا يخطر بباله من كون الخصم أصلاً للحاكم أو فرعاً له .

وذكر شيخنا أيضاً : أن الذي نص عليه الشافعي أن كون الضمان عليه إنما هو فيما إذا تعمد ،

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/ ٤٢٩) .

(٢) الحاوي (ص ٥٩٧) ، المنهاج (ص ٥١٦) .

(٣) المنهاج (ص ٥١٦) .

فأما إذا أخطأ . . فهو على العاقلة ، ولو قصر ، قال : وهو مقتضىٰ كلام « الروضة » وأصلها ؛ حيث قال : إن قصّر في البحث عن حالهما . . فالضمان عليه لا يتعلق ببيت المال ولا بالعاقلة أيضاً إن تعمد[١] .

ثم ظاهر كلام « المنهاج » أنه لا قود على الإمام ، وبه صرح « الحاوي »[٢] ، وقال الإمام فيما إذا تعمد في القصاص : تردد ، **والراجح** وجوبه[٣] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : بل يجب قطعاً ، فلا تردد ، وليس صورة البينة التي لم يبحث عنها الإمام ولم يظهر له شرط الحكم بها شبهةً مانعة من القصاص ، وظاهر كلامهما أنه لا ضمان على المشهود له ، وبه صرح في « أصل الروضة » قبيل (الدعوىٰ والبينات)[٤] ، لكن قال شيخنا الإمام البلقيني : إنه محمول علىٰ غير العالم ، فإن قال : كنت عالماً بأن الشاهدين ذميان أو نحوهما ممن لا تقبل شهادته ولكن قصدت الوصول إلىٰ حقي بذلك . . فلا توقف في أنا ندخله في ضمان الدية على **المعتمد** .

وأفهم كلامهما أيضاً أنه لا ضمان على المزكين ، وهو الذي في « أصل الروضة » قبيل الدعوىٰ والبينات عن العراقيين ؛ وعللوه : بأن الحكم غير مبني علىٰ شهادتهم[٥] ، لكن **المعتمد** ما في « أصل الروضة » في (القصاص) : أن المزكي الراجع يتعلق به القصاص والضمان **على الأصح** ؛ لأنه بالتزكية يلجىء القاضي إلى الحكم المقتضي للقتل[٦] .

٥٢١٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٦] : (**فإن ضَمَّنَّا عاقلةً أو بيت المال . . فلا رجوع على الذميين والعبدين في الأصح**) فيه أمران :

أحدهما : أنه يقتضي أن الخلاف وجهان ، وليس كذلك ، بل هو إما قولان كما حكاه أبو الفرج الزاز ، أو طريقان ؛ فقد حكىٰ في « أصل الروضة » قبيل (الدعوىٰ والبينات) عن العراقيين : أنهم قطعوا بعدم الضمان[٧] ، أو قول ووجه ، هو الظاهر ؛ فقد نص علىٰ عدم الرجوع في « مختصري المزني والبويطي »[٨] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : لم أقف علىٰ مقابله منصوصاً .

---

(١) فتح العزيز (١١/ ٣٠٧) ، الروضة (١٠/ ١٨٣) .

(٢) الحاوي (ص ٥٩٧) ، المنهاج (ص ٥١٦) .

(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٣٤٠)

(٤) الروضة (١١/ ٣٠٨) .

(٥) الروضة (١١/ ٣٠٨) .

(٦) الروضة (١١/ ٢٩٨) .

(٧) الروضة (١١/ ٣٠٨) .

(٨) مختصر المزني (ص ٣١٣) .

ثانيهما : أنه سكت عن المراهقين ، وأشعر بمفهومه بالقطع بالرجوع عليهم أو بعدمه ، وليس كذلك ؛ ففيهم خلاف ، **والصحيح** : عدم الرجوع ، قال في « الحاوي » [ص ٥٩٨] : (**والرجوع على الفاسق المعلن**) ومفهومُه أنه لا يجوز الرجوع علىٰ بقيّة من لا يجوز الحكم بشهادته .

٥٢١٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٦] : (**ومن حجم أو فصد بإذن . . لم يضمن**) المراد : إذن من يُعتبر إذنه .

٥٢١٤ـ قوله : (**وقَتْل جلاد وضَربُه [بأمر]**[1] **الإمام كمباشرة الإمام إن جهل ظلمه وخطأه ، وإلا . . فالقصاص ، والضمان على الجلاد إن لم يكن إكراه**)[2] يفهم أنه إذا كان هناك إكراه . . لا شيء على الجلاد ، وليس كذلك ، بل يجب عليه مع الإكراه أيضاً ، ومراده : ما لم يكن إكراه ، فلا يختص الجلاد بذلك ، وحذف هـٰذا القيد أولىٰ كما فعل « التنبيه » حيث قال [ص ٢١٤] : (**وإن علم . . وجب القود على المأمور**)، و« الحاوي » حيث قال [ص ٥٩٨] : (**وضمن الجلاد إن علم**).

٥٢١٥ـ قولهم ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**ويجب الختان**)[3] يستثنىٰ منه : الخنثى المشكل ؛ فيحرم ختانه **على الأصح** في زيادة « الروضة »[4] ، وقال ابن الرفعة ، **المشهور** : أنه يجب ختن فرجيه جميعاً[5] .

٥٢١٦ـ قول « المنهاج » في المرأة [ص ٥١٦] (**بجزءٍ من اللحمة بأعلى الفرج**) أحسن من قول « الحاوي » : [ص ٥٩٨] (**ومسمَّاه للمرأة**) لتعيينه محل القطع .

٥٢١٧ـ قولهما أيضاً : (**بعد البلوغ**)[6] أهملا شرطاً آخر ، وهو : العقل ، فلو بلغ مجنوناً . . لم يجب ختانه، ذكره شيخنا الإمام البلقيني، وقال: لم أر من تعرض له، ولو قالا : (بعد التكليف) . . لكان أولىٰ ، وفي « أصل الروضة » عن الإمام : أنه لو كان البالغ المكلف ضعيف الخلقة بحيث لو خُتِن خيف عليه . . لم يختن، بل ينتظر حتىٰ يصير بحيث يغلب على الظن سلامته[7] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وهـٰذا شرط لأداء الواجب ، لا أنه شرط للوجوب ، ومحتمل أن يجعل شرطاً للوجوب ، فيكون للوجوب علىٰ هـٰذا ثلاث شرائط : البلوغ ، والعقل ، وعدم الخوف عليه بالختان .

---

(١) في (ج) : (بإذن) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥١٦) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٤) ، و« الحاوي » (ص ٥٩٨) ، و« المنهاج » (ص ٢١٦) .

(٤) الروضة (١٠/ ١٨١) .

(٥) في حاشية (ج) : (كلام ابن الرفعة ضعيف) .

(٦) انظر « الحاوي » (ص ٥٩٨) ، و« المنهاج » (ص ٥١٦) .

(٧) الروضة (١٠/ ١٨١) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٣٥٥) .

٥٢١٨ـ قول « الحاوي » [ص ٥٩٩] : (**وتقديمه أولىٰ**) أي : في سابعه ـ كما صرح به « المنهاج »[(١)] ـ ، إن أطاقه ، ولا يحسب يوم الولادة من السبعة **على الأصح** في زوائد « الروضة » هنا ، وحكاه عن الأكثرين[(٢)] ، وفي « المهمات » : أن **عليه الفتوىٰ** ؛ فإنه **المنصوص** للشافعي في « البويطي » ، لكن **صحح** في « شرح مسلم » في خصال الفطرة : حسبانه[(٣)] ، **وصححه** أيضاً في « أصل الروضة » و« شرح المهذب » بالنسبة للعقيقة[(٤)] ، وهي نظيره ؛ فإن العقيقة والختان وحلق رأس المولود وتسميته يستحب فعلهن يوم السابع ، ويحتمل أن يريد « الحاوي » : أن تقديمه على البلوغ أولىٰ .

٥٢١٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٦] : (**ومن ختنه في سن لا يحتمله . . لزمه قصاص**) محله : ما إذا علم أنه لا يحتمله ، فإن ظن أنه يحتمله . . فلا قصاص .

٥٢٢٠ـ قوله : (**إلا والداً**)[(٥)] كذا لو كان مالكاً أو مسلماً والمختون كافراً ، فلو قال : (إن كان ممن تقبل به) . . لكان أعم .

٥٢٢١ـ قوله : (**فإن احتمله وختنه وليٌّ . . فلا ضمان في الأصح**)[(٦)] يقتضي أنه لو ختنه أجنبي . . وجب الضمان ، وفي « أصل الروضة » ما يقتضي أن كلام البغوي يقتضي **ترجيح** تضمينه ؛ فإنه قال : يحتمل أن يبني علىٰ ختن الإمام في الحر الشديد ؛ إن ضمناه . . ضمن هنا ، وإلا . . فلا ، وبناه السرخسي على الجرح اليسير ، هل فيه قصاص ؟ إن قيل : نعم . . فهو عمد ، وإلا . . فشبه عمد[(٧)] .

وتعقب في « المطلب » كلام البغوي : بأن تعدّي الإمام لأجل الزمان لا لعدم الولاية ، وتعدّي الأجنبي لعدم الولاية ؛ ولذلك لم يسقط عنه الماوردي وأبو الفرج في « الأمالي » الضمان .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ما ذكره السرخسي من الخلاف في الجرح اليسير غير معروف ، وفي « المطلب » : أنه أشار به إلىٰ غرز الإبرة ، وقال شيخنا : عندي ـ والله أعلم ـ أنه إنما جرى الخلاف في الختان والحجامة ؛ لأنهما معتادان مطلوبان شرعاً ، وفيهما السلامة غالباً ، وما كان كذلك . . ففي دخول القود فيه تردد ، لا لكون الموجود جرحاً يسيراً ، ومال شيخنا إلىٰ عدم

---

(١) المنهاج (ص ٥١٦) .
(٢) الروضة (١٠/ ١٨١) .
(٣) شرح مسلم (٣/ ١٤٨) .
(٤) الروضة (٣/ ٢٢٩) ، المجموع (٨/ ٣٢٢ ، ٣٢٣) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٥١٦) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٥١٦) .
(٧) الروضة (١٠/ ١٨٢) ، وانظر « التهذيب » (٧/ ٤٢٨) .

الخلاف ، فقال : بل يقطع بأنه ضامن ، بل يقتص منه على **المعتمد** ؛ فإن جراحة العمد إذا سرت إلى النفس . . أوجبت القصاص وإن لم تقتل غالباً .

فصل

[ضمان الدواب والبهائم]

٥٢٢٢ـ قول « الحاوي » عطفاً على المضمون [ص ٦٠١] : (**وعض ورمح بالمالك**) لا يختص ذلك بالعض والرمح ، بل الضرب باليد والإتلاف بالذنب كذلك ، ولا بالمالك ، بل لو كان معها أجير أو مستأجر أو مستعير أو غاصب . . فهو كالمالك في ذلك ؛ ولهـٰذا قال « التنبيه » [ص ٢٢١] : (**وإن كان معه دابة فأتلفت إنساناً بيدها أو رجلها . . وجب عليه ضمانه**) فلم يخص ذلك بالمالك ، لكن يرد عليه : أنه لا يختص الضمان بإتلاف الإنسان ، ولا بكونه باليد أو الرجل ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٥١٧] : (**من كان معه دابة أو دواب . . ضمن إتلافها نفساً ومالاً ليلاً ونهاراً**) فعبارته في هـٰذا أحسن العبارات ، ومع ذلك : فأورد عليها : صيد الحرم والإحرام وشجر الحرم ؛ فإنه يضمنه ، وليس نفساً ولا مالاً ، وقد ينازع في كونه غير مال .

وأورد عليهم جميعاً أمور :

أحدها : أنه يستثنىٰ منه ذلك ما إذا كان صبياً أو مجنوناً أركبه أجنبي . . فإن الضمان إنما يتعلق بالأجنبي الذي أركبه كما تقدم ذكره في (الجنايات) ، وقيده الشافعي رضي الله عنه بأن يكون مثلهما لا يضبط الدابة .

ثانيها : يستثنىٰ منه : ما إذا نخسها إنسان بغير إذن راكبها فرمحت وأتلفت . . فالضمان على الناخس **على الصحيح** ، ولو غلبته الدابة فاستقبلها إنسان وردها فأتلفت في انصرافها . . فالضمان على الراد .

ثالثها : ويستثنىٰ منه أيضاً ما إذا لم يكن ذلك في حياتها ، فإن سقطت ميتة فأهلكت نفساً أو مالاً . . فلا ضمان على الراكب كما حكاه في « أصل الروضة » عن البغوي[1] ، وقد يقال : لم تتناول عبارتهم هـٰذه الصورة .

رابعها : مقتضى المعية التي في كلامهم : أنه لو كان معها سائق وقائد . . فالضمان عليهما بالسوية ، وهو كذلك ، وأنه لو كان معها سائق أو قائد مع راكب . . أن الضمان عليهما ، وهو **أحد** وجهين في كلام الرافعي والنووي بلا ترجيح ، والثاني : تخصيص الضمان بالراكب وهو **الأصح** ؛ لأن الرافعي بناه على الخلاف في تنازع الراكب والسائق في الدابة ، تجعل في يديهما أو تختص

---

(١) الروضة (١٠/٢٠٢) .

بالراكب[1] ، **والمذهب في الرافعي في آخر (الصلح)** : أن اليد للراكب ، فرضه في تنازع الراكب والقائد[2] ، وأسقط ذلك في « الروضة » .

خامسها : حكى ابن المنذر في « الإشراف » : أن أبا ثور حكىٰ عن الشافعي : أن رمح الدابة من غير أن يفعل بها شيئاً غير مضمون ، قال ابن المنذر : وبه أقول[3] ، وحكى المرعشي في « ترتيب الأقسام » قولاً عن الشافعي : أنه لا يضمن من هو مع الدابة إلا ما أوطأها عليه متعمداً ، حكاه عنه شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : وهـٰذا وإن كان غير معروف في الكتب . . فهو مستقيم ثم **اختار شيخنا** : أنه لا يضمن إلا أن ينسب إلىٰ تقصير ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « جرح العَجْمَاءِ جُبَارٌ »[4] ، وهو في « الصحيحين »[5] .

ويرد على « التنبيه » و« المنهاج » : ما إذا كانت الدابة معه في مسكنه ولو بإجارة أو إعارة فدخل فيه إنسان فرمحته أو عضته . . فلا ضمان ، ولا يرد ذلك على « الحاوي » لتقييده الضمان بكونه في الطرق .

٥٢٢٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٧] : (**ولو بالت أو راثت بطريق فتلف به نفس أو مال . . فلا ضمان**) هو احتمال للإمام جزم به هنا في (ضمان البهائم)[6] ، لكنه في (الديات) بين أنه احتمال ، وأن الأصحاب على الضمان[7] ، وجزم به الرافعي في (محرمات الإحرام) ، فقال عطفاً علىٰ ما فيه الضمان : وكذا لو بالت في الطريق فزلق به صيد وهلك ؛ كما لو زلق به آدمي أو بهيمة ، وأسقط في « الروضة » قوله : كما لو زلق به آدمي أو بهيمة[8] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وصرح بإيجاب الضمان في بول الدابة وروثها السائرة مع الراكب أو القائد أو السائق ابن القاص والشيخ أبو حامد ، نقلاه عن النص والماوردي والبندنيجي والشيخ في « المهذب » وابن الصباغ والقفال في « شرح التلخيص » وأبو الفرج الزاز وصاحب « التتمة » ، وبسط ذلك ، ثم قال : فظهر أن المسألة مذكورة في كتب الطريقين علىٰ خلاف ما جزم به المصنف وأصله ، ولم يستحضر المنقول في المسألة حين كتابة هـٰذا الموضع .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٣٣١) ، و« الروضة » (١٠/ ١٩٨) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٥/ ١٢١) .
(٣) الإشراف علىٰ مذاهب العلماء (٧/ ٤٤٩) .
(٤) **العجماء** : الدابة ، **وجُبارٌ** : هدرٌ . انظر « البيان » (١٢/ ٨٥) .
(٥) البخاري (١٤٢٨) ، (٦٥١٤) ومسلم (١٧١٠) من حديث سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٣٨٧) .
(٧) انظر « نهاية المطلب » (١٦/ ٥٧٠) .
(٨) فتح العزيز (٣/ ٥٠٠) ، الروضة (٣/ ١٥٠) .

٥٢٢٤- قول « المنهاج » [ص ٥١٧] - والعبارة له - و« الحاوي » [ص ٦٠٢] : (**ويحترز عما لا يعتاد ؛ كركضٍ شديدٍ في وحلٍ ، فإن خالف . . ضمن ما تولد منه**) مقتضاه : أنه لا ضمان في المتولد من معتاد .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه بحث للإمام ، بناه علىٰ ما قدره من أنه لا ضمان فيما يتلف ببولها وروثها[1] ، وقد تقدم رده ، والذي يقتضيه قياس المذهب : الضمان ، وإطلاق نصوص الشافعي والأصحاب قاضية ، وما في « أصل الروضة » من أنه لو ركض دابته فأصاب شيء من موضع السنابك - أي : طرف مقدم الحافر - عين إنسان وأبطل ضوءها . . لا ضمان إن كان موضع ركض[2] ، ممنوع ، بل هو مضمون مطلقاً ، قال : وعلىٰ مقتضىٰ بحث الإمام : فالركض الشديد إذا تولد منه ما يحصل به التلف . . كاف في الضمان وإن لم يكن في وحل .

٥٢٢٥- قول « المنهاج » [ص ٥١٧] : (**ومن حمل حطباً علىٰ ظهره أو بهيمة فحك بناء فسقط . . ضمنه**) قال شيخنا الإمام البلقيني : يستثنىٰ منه ما إذا بناه مائلاً علىٰ صورة مضرة بالمار . . فلا ضمان ؛ لأنه مستحق الإزالة ، قال : فلو بناه مستوياً ثم مال علىٰ صورة مضرة بالمار . . **فالأرجح** فيه أيضاً : عدم الضمان .

٥٢٢٦- قول « الحاوي » [ص ٦٠١] : (**وفي الطرق بتخريق حطب من خلف بلا تنبيه**) فيه أمور :

أحدها : أنه لو كان الذي يخرق ثوبه أعمىٰ . . فهو كما لو كان التخريق من خلفه .

ثانيها : أن محل تخصيص الضمان بالأعمىٰ والمستدبر ما إذا لم يكن زحام ، فإن كان زحام . . ضمن مطلقاً ، وقد ذكرهما « المنهاج »[3] .

ثالثها : إنما يضمن للأعمىٰ والمستدبر الكل إذا لم يكن من صاحب الثوب جدبة أيضاً ، فإن كان منه ذلك . . ضمن له النصف فقط ، ويسقط ما يقابل جَذْبته .

رابعها : قال في « المنهاج » [ص ٥١٧] : (**وإنما يضمنه إذا لم يقصر صاحب المال ، فإن قصر ؛ بأن وضعه بطريق أو عرَّضه للدابة . . فلا**) وقال شيخنا الإمام البلقيني : محل انتفاء الضمان : ما إذا لم يتعمد صاحب الدابة ما يقتضي إتلافه ، فإن تعمد . . لزمه الضمان .

٥٢٢٧- قول « التنبيه » في الدابة [ص ٢١١] : (**وإن لم يكن معها ؛ فإن كان بالنهار . . لم يضمن ما يتلفه ، وإن كان بالليل . . ضمن**) فيه أمور :

أحدها : أنه يستثنىٰ من عدم الضمان نهاراً : ما إذا كانت المراعي متوسطة المزارع ، أو كانت

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٧/٣٨٧ ، ٣٨٨) .

(٢) الروضة (١٠/١٩٩) .

(٣) المنهاج (ص ٥١٧) .

البهائم ترعىٰ في حريم السواقي . . فيجب ضمان ما تفسده إذا أرسلها بلا راع ؛ لاعتياد الراعي في مثل ذلك ، وهـٰذا وارد على « المنهاج » أيضاً ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٦٠١] : (**ومتلف بهيمة سُرّحت جوار مزرع واتسع المرعىٰ**) ، لكن تقييده ذلك باتساع المرعىٰ تبع فيه الغزالي[1] ، ولم يعتبره الرافعي ولا غيره ، قال البارزي : ولا يظهر اتجاهه ، وعبر في « تيسيره » بقوله : اتسع المرعىٰ أو ضاق ، ثم قال : ويحتمل أن الغزالي والمصنف أراد به : التصوير ، لا التقييد ، فإنه إذا ضمنا مع اتساع المرعىٰ وجواز انتشار الدواب فيه وبُعدها عن المزارع . . فمع ضيق المرعىٰ أولىٰ ، ونبه علىٰ ذلك أيضاً صاحب « التعليقة » فقال : ما أشعر به من اشتراط اتساع المرعىٰ ليس كذلك ؛ فإن الضيق كالواسع في ذلك ، قال : **فالأولىٰ** أن يحمل قوله : (**واتسع**) علىٰ أنه حال ، وكذا قال القونوي : الواو في قوله : (**واتسع المرعىٰ**) للحال .

قلت : وهـٰذا لا يدفع الإيراد ؛ فإن الحال قيد ، لكن نازع شيخنا الإمام البلقيني في اعتبار هـٰذا من أصله ، وقال : **الأصح عندنا** : ما أطلقه الشافعي ومعظم الأصحاب من عدم الضمان نهاراً من غير نظر إلىٰ ذلك في وسط المزارع أم لا .

ثانيها : يرد عليهم جميعاً : أن محل عدم الضمان : ما إذا رعت في موات أو مملوك لأصحابها ، فإن أرسلت في موضع مغصوب فانتشرت منه إلىٰ غيره فأفسدته . . كان مضموناً علىٰ من أرسلها ، ذكره شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : وقد قال القاضي حسين : إذا خلاها في ملك الغير ، فسواء كان ليلاً أو نهاراً . . فهو مضمون ؛ لأنه مُتعدٍ في إرساله .

ثالثها : ويرد عليهم أيضاً : أن محل عدم الضمان : إذا كان الإرسال بالصحراء ، فإن كان بالبلد فأتلفت شيئاً . . ضمنه على **الأصح** في « أصل الروضة »[2] ، وحكىٰ في « المطلب » عدم الضمان عن الجمهور .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وكأنه أخذه من حكاية الرافعي له عن غير أبي الطيب بن سلمة[3] ، قال : وهـٰذا لا ينبغي أن يؤخذ منه النقل عن الجمهور .

رابعها : ومحل عدم الضمان أيضاً : إذا جرت عادة البلد بإرسال المواشي نهاراً ، فإن اعتادوا حفظها ليلاً ونهاراً . . وجب الضمان ولو أتلفت نهاراً ، ذكره شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : لم أر من تعرض له .

خامسها : ومحل عدم الضمان أيضاً ما إذا لم يكن وديعة أو كان لها أجير يحفظها ، فمتىٰ أرسل

---

(١) انظر « الوجيز » (٢/ ١٨٧) .

(٢) الروضة (١٠/ ١٩٧) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٣٢٩) .

الوديعة فأتلفت . . لزمه الضمان ولو نهاراً ، ولو استأجر رجلاً لحفظ دوابه فأتلفت زرعاً ليلاً أو نهاراً . . فعلى الأجير الضمان ، حكاه الرافعي عن « فتاوى البغوي » ، وعلله : بأن عليه حفظها في الوقتين[1] .

وفي معناهما : ما لو كانت تحت يد مستأجر أو مستعير أو مرتهن أو عامل قراض أو أمين بوجه ما أو غاصب أو مالك راهن قد استعارها من المرتهن . . فكل هٰؤلاء مأمورون بالاحتياط والحفظ ، وقال الرافعي في الأولىٰ : يشبه أن يقال : عليه حفظها بحسب ما يحفظ المالك[2] ، وقال النووي من زيادته : ينبغي ألاَّ يضمن الأجير والمودع إذا أتلفت نهاراً ؛ لأن علىٰ صاحب الزرع حفظه نهاراً ، وتفريط الأجير إنما يؤثر في أن مالك الدابة يضمنه[3] .

ورد شيخنا في « تصحيح المنهاج » كلام الرافعي في صورة الوديعة بأن المودع مأمور بالاحتياط في الحفظ بخلاف المالك ، قال : وما ذكره النووي في الأجير والمودع مردود في غير الزرع ؛ فإنه لا يجيء فيه التعليل بأن علىٰ صاحب الزرع حفظه نهاراً ، وقوله : (وتفريط الأجير إنما يؤثر في أن مالك الدابة يضمنه) ممنوع ، بل يؤثر أيضاً في ضمان ما تتلفه الدابة التي لم يحتط في حفظها الاحتياط المأمور به ، قال : وقد جعل الشافعي والأصحاب الدابة التي أركبها أجنبي صبياً أو مجنوناً تحت يده وإن كان غائباً عنها ؛ ولذلك جعلوه ضامناً لما تتلفه ، ولو كان كما قال النووي . . لم يضمن ؛ لأن تفريطه إنما يؤثر في ضمان الدابة دون ما يحدث منها .

سادسها : ويستثنىٰ من عدم الضمان أيضاً : ما لو تكاثرت المواشي بالنهار حتىٰ عجز أصحاب الزرع عن حفظها . . فحكىٰ فيه الماوردي وجهين بلا ترجيح ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأرجح** : وجوب الضمان علىٰ أصحاب المواشي ؛ لخروج هٰذا عن مقتضى العادة ، وهي المعتبرة **على الأصح** .

سابعها : ويستثنىٰ من عدم الضمان أيضاً : ما إذا ربطها في الطريق علىٰ بابه أو غيره . . فيلزمه الضمان مطلقاً ، ولو كان الطريق واسعاً **على الصحيح المنصوص** .

ثامنها : ويستثنىٰ من الضمان ليلاً : ما ذكره في « المنهاج » بقوله [ص ٥١٧] : (**إلاَّ ألاَّ يُفرِّط في ربطها ، أو حضر صاحب الزرع وتهاون في دفعها ، وكذا إن كان الزرع في محوط له باب تركه مفتوحاً في الأصح**) وقد ذكر « التنبيه » الأولىٰ بقوله عقبه [ص ٢٢١ ، ٢٢٢] : (**وإن انفلتت بالليل فأتلفت ؛ فإن كان بتفريط منه في حفظها . . ضمن ، وإن لم يكن بتفريط منه . . لم يضمن**) ،

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٣٣٥) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٣٣٥) .

(٣) انظر « الروضة » (١٠/ ٢٠١) .

واقتصر « الحاوي » على استثناء الثالثة فقال [ص ٦٠١] : (**لا في بستان مفتوح**) وتعبير « المنهاج » يقتضي عدم الخلاف في الأولين ، وليس كذلك ؛ فالخلاف في الأولىٰ في « البيان » ، والثانية في « أصل الروضة »[(١)] .

تاسعها : ويستثنىٰ مع ذلك أيضاً : ما لو خلاها في موضع بعيد لم تجر العادة بردها منه إلى المنزل ليلاً ؛ كالجبال والمفاوز شهراً أو شهرين للرعي . . فلا ضمان ، ولو أفسدت ليلاً كما حكاه شيخنا في « تصحيح المنهاج » عن الدارمي والقاضي حسين .

عاشرها : يستثنىٰ من الدواب الحمام وغيره من الطير . . فلا ضمان بإتلافهما مطلقاً ، حكاه في « أصل الروضة » عن ابن الصباغ ، وعلله : بأن العادة إرسالها[(٢)] ، ويدخل في ذلك النحل ، وقد أفتىٰ شيخنا الإمام البلقيني في نحل لإنسان قتلت جملاً لآخر بعدم الضمان ، وعلله : بأن صاحب النحل لا يمكنه ضبطها ، والتقصير من صاحب البعير .

حادي عشرها : محل الضمان ليلاً وعدمه نهاراً في بلد جرت عادتهم بإرسال المواشي نهاراً وحفظها ليلاً ، فلو جرت العادة في ناحية بالعكس . . **فالأصح** : أنه ينعكس الحكم ، فيضمن ما أتلفه بالنهار دون الليل .

٥٢٢٨ـ قول « الحاوي » [ص ٦٠٢] : (**وهرة** ـ أي : ومُتْلَف هرَّةٍ ـ **تُفسِدُ الأطعمة والطيور يُضمن**) محله : ما إذا عهد ذلك منها كما صرح به « المنهاج »[(٣)] ، والمراد : أن يعهده الضامن ؛ لأنه حينئذ مقصر بإرسالها ، وقول « المنهاج » [ص ٥١٧] : (**ضمن مالكها**) لا يتقيد به ؛ فكل من يؤديها ضامن بشرطه ، ويستثنىٰ منه : تضمينه ما إذا ربطها فانفلت بغير تقصير منه .

٥٢٢٩ـ قول « الحاوي » [ص ٦٠٢] : (**ولا تُقتل**) أي : في حال سكونها ، فلو قصدت الحمام ونحوه فقتلت في الدفع . . فلا ضمان ، وليس هـٰذا إباحة للقتل ، بل للقتال ، والله أعلم .

* * *

---

(١) البيان (١٢/ ٨٧) ، الروضة (١٠/ ١٩٦) .

(٢) الروضة (١٠/ ١٩٧) .

(٣) المنهاج (ص ٥١٧) .

كتاب السِّيَر

٥٢٣٠ـ كذا في « المنهاج »[١] ، ولو عبر بقتال المشركين كما في « التنبيه »[٢] أو الكفار كما في « النبيه » أو بالجهاد . . لكان أولىٰ ؛ لأنه المقصود ، وإنما عبر بذلك ؛ لأن الأحكام المذكورة فيه متلقاة من سير رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزواته .

٥٢٣١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣١ ، ٢٣٢] : (**الجهاد فرض على الكفاية**) محله : ما إذا كان الكفار ببلادهم ، فإن دخلوا بلدة إسلام . . لزم أهلها ومن كان منهم دون مسافة القصر الدفع بالممكن ، وكذا من علىٰ مسافة القصر إن لم يكف أهلها ومن يليهم ، وكذا يتعين الجهاد فيما لو أسروا مسلماً وتوقعنا خلاصه ، وقد ذكرهما « المنهاج » و« الحاوي »[٣] ، وسيأتي الكلام عليهما ، وقد يدل على الأولىٰ قول « التنبيه » [ص ٢٣٢] : (**فإن أحاط العدو بهم وتعين الجهاد . . جاز من غير إذنهم**) وقد يقال : لا يلزم من دخولهم بلدة إسلام الإحاطة بهم .

٥٢٣٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٨] : (**كان الجهاد في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فرض كفاية ، وقيل : عين ، وأما بعده . . فللكفار حالان**) فيه أمور :

أحدها : أن كونه في عهده فرض كفاية إنما هو بعد الهجرة ؛ أما قبلها . . فكان ممنوعاً منه ، ثم صار بعد الهجرة مباحاً ، ثم أمر بقتال من قاتله ، ثم أبيح الابتداء به في غير الأشهر الحرم ، ثم أمر به مطلقاً .

ثانيها : أنه يقتضي أن الخلاف في ذلك وجهان ، وبه صرح في « المحرر » و« الروضة » وأصلها[٤] ، لكن نص في « الأم » علىٰ كونه فرض كفاية[٥] .

ثالثها : كلامه يقتضي أن الجهاد لا يكون في عهده عليه الصلاة والسلام فرض عين ، وليس كذلك ، بل إذا أحاط العدو بالمسلمين كما وقع في قضية الأحزاب . . صار فرض عين كما تقدم في دخول الكفار بلاد الإسلام .

رابعها : الظاهر أن القائل بأنه فرض عين لا يقول باستمرار ذلك إلىٰ وفاته عليه الصلاة والسلام ؛ فإنه يلزم عليه النسخ بعد وفاته ، وإنما يقول به حين كان عدد المسلمين قليلاً ، فلما كثروا . . صار

---

(١) المنهاج (ص ٥١٨) .
(٢) التنبيه (ص ٢٣١) .
(٣) الحاوي (ص ٦٠٩) ، المنهاج (ص ٥١٩) .
(٤) المحرر (ص ٤٤٦) ، فتح العزيز (١١/ ٣٤٤) ، الروضة (١٠/ ٢٠٨) .
(٥) الأم (٤/ ١٦١) .

فرض كفاية ، وكلام القاضي حسين والماوردي والروياني والدارمي وغيرهم يفهم ذلك ، وإن لم يصرحوا به .

٥٢٣٣ـ قوله في تفسير كونه فرض كفاية : (**إذا فعله من فيهم كفاية . . سقط الحرج عن الباقين**)[١] قيده « الحاوي » بأن يكون كل سنة مرّة[٢] ، وفي « التنبيه » [ص ٢٣٢] : (**وأقل ما يجب في السنة مرّة**) وفي « أصل الروضة » : أنه تحصل الكفاية بشيئين :

أحدهما : أن يشحن الإمام الثغور بجماعة يكافئون من بإزائهم من الكفار .

الثاني : أن يدخل الإمام دار الكفر غازياً بنفسه أو بجيش يؤمّر عليهم من يصلح لذلك ، وأقله مرة واحدة في كل سنة ، وحكاه عن نص الشافعي والأصحاب ، ثم قال : وقال الإمام : **المختار عندي في هٰذا** : مسالك الأصوليين ، وأنهم قالوا : الجهاد دعوة قهرية ، فيجب إقامته علىٰ حسب الإمكان ، حتىٰ لا يبقىٰ إلا مسلم أو مسالم ، ولا يختص بالمرة الواحدة ، وإذا أمكنت الزيادة . . لا يعطل الفرض ، وما ذكره الفقهاء حملوه على العادة الغالبة ، وهي : أن الأموال والعدد لا تواتي لتجهيز الجنود في السنة أكثر من مرة . انتهىٰ[٣] .

ولك أن تقول : المذكور في « الروضة » هو ما يحصل به الحراسة ، وهو غير الجهاد .

٥٢٣٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٨] : (**وبعلوم الشرع ؛ كتفسير وحديث ، والفروع**) إن كان قوله : (**والفروع**) معطوفاً علىٰ : (**تفسير**) . . اقتضىٰ أن يكون بقي من علوم الشرع شيء لم يذكره ، وليس كذلك ، وإن كان معطوفاً علىٰ : (**علوم الشرع**) . . اقتضىٰ أن الفروع ليست منها ، وليس كذلك .

ثم اعلم أن كون علم الفروع من فروض الكفايات إنما هو في غير القدر المحتاج إليه ، فأما ذاك . . فتعلمه فرض عين ؛ ولهٰذا قال « الحاوي » [ص ٦٠٩] : (**كظاهرِ علمِ صنعتِهِ**) .

٥٢٣٥ـ قول « الحاوي » [ص ٦٠٣] : (**والأمر بالمعروف**) زاد « المنهاج » [ص ٥١٨] : (**والنهي عن المنكر**) وهو داخل في الأمر بالمعروف ؛ ولذلك حذفه « الحاوي » ، فزيادة « المنهاج » له إيضاح ، قال الرافعي : والمراد منه : الأمر بواجبات الشرع والنهي عن محرماته[٤] ، لكن **صحح النووي** من زيادته : أنه يجب على المحتسب الأمر بصلاة العيد ، وإن قلنا : إنها سنة ؛ وعلله : بأن الأمر بالمعروف هو الأمر بالطاعة لا سيما ما كان شعاراً ظاهراً[٥] .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥١٨) .
(٢) الحاوي (ص ٦٠٣) .
(٣) الروضة (١٠/٢٠٨ ، ٢٠٩) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/٣٩٧) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١١/٣٥٢) .
(٥) انظر « الروضة » (١٠/٢١٧) .

وقد يجاب عنه : بأنه ذكر أولاً موضع الإجماع ، ثم ذكر موضع الخلاف ، قالوا : ولو نُصب لذلك واحد.. تعين عليه ، وهو المحتسب ، ولا يسقط بعلمه أو ظنه أنه لا يفيد ، وفي « المهمات » : لا نعرف أحداً قال به ، بل نقل الإمام في « الشامل في أصول الدين » عن القاضي أبي بكر : أنهم أجمعوا علىٰ عدم الوجوب ، ولم يخالفه فيه ، وإنما ينكر المجمع عليه ، إلا أن يرى الفاعل تحريمه.. **فالصحيح** في « أصل الروضة » في (الوليمة) : أنه كالمجمع عليه[1] ، ويشكل عدم إنكار المختلف فيه إذا لم يره الفاعل ؛ بأن **الصحيح** : حد الحنفي بشرب النبيذ مع أن الإنكار بالفعل أبلغ من الإنكار بالقول .

٥٢٣٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٨] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٦٠٣] : **(وإحياء الكعبة كل سنة بالزيارة)** كذا عبر به في « المحرر »[2] ، وعبارة « الروضة » وأصلها : بالحج[3] ، قال الرافعي : كذا أطلقوه ، وينبغي أن تكون العمرة كالحج بل الاعتكاف ، والصلاة في المسجد الحرام ؛ فإن التعظيم وإحياء البقعة يحصل بكل ذلك[4] ، قال النووي : لا يحصل مقصود الحج بذلك ؛ لفوات الوقوف والرمي والمبيت وإحياء تلك البقاع بالطاعات[5] .

قال في « المهمات » : وهو غير ملاق له ؛ فإن الكلام في إحياء الكعبة لا في إحياء هـٰذه البقاع ، وإن كان المتجه في الصلاة والاعتكاف ما ذكره.. فإنه ليس فيهما إحياء الكعبة ، ولو كان الاعتكاف داخل الكعبة ؛ لعدم الاختصاص ، **والمتجه** : أن الطواف كالعمرة ، وأجاب شيخنا في « تصحيح المنهاج » عن بحث الرافعي : بأن المقصود الأعظم ببناء البيت الحج ، فكان إحياؤه به بخلاف العمرة والاعتكاف والصلاة والطواف .

٥٢٣٧ـ قول « الحاوي » [ص ٦٠٣] : **(ودفع الضر عن المسلمين)** زاد « المنهاج » [ص ٥١٨] : **(ككسوة عارٍ وإطعام جائعٍ إذا لم يندفع بزكاةٍ وبيت مالٍ)** كذا لو اندفعت بنذر أو وقف أو وصية ، وظاهر كلامهما وجوب دفع الضرر وإن لم يبق لنفسه شيئاً ، لكن في « زيادة الروضة » عن الإمام في « الغياثي » : أنه يجب على الموسر المواساة بما زاد علىٰ كفاية سنة[6] ، ومقتضاه : أنه لا يتوجه فرض الكفاية بمواساة المحتاج علىٰ من ليس معه زيادة علىٰ كفاية سنة ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهـٰذا لا يقوله أحد .

---

(١) الروضة (٧/ ٣٣٥) .
(٢) المحرر (ص ٤٤٦) .
(٣) فتح العزيز (١١/ ٣٥٣) ، الروضة (١٠/ ٢٢١) .
(٤) فتح العزيز (١١/ ٣٥٣ ، ٣٥٤) .
(٥) الروضة (١٠/ ٢٢١) .
(٦) الروضة (١٠/ ٢٢٢) .

٥٢٣٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٨] و« الحاوي » [ص ٦٠٣] : (**وتحمل الشهادة**) محله : ما إذا حضر إليه المتحمل عليه ، فإن دعي إليه . . **فالأصح** : المنع ، إلا أن يكون الداعي قاضياً أو معذوراً بمرض ونحوه .

٥٢٣٩ـ قولهما أيضاً : (**وأداؤها**)[١] قد يرد عليه ما لو كان في الواقعة جماعة وطلب الأداء من اثنين . . فإنه يلزمهما **في الأصح** ، وقد ذكره « المنهاج » في (الشهادات)[٢] .

٥٢٤٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٨] : (**وجواب سلام علىٰ جماعة**) أحسن من قول « الحاوي » [ص ٦٠٣] : (**على الجمع**) لأن جواب السلام على الاثنين فرض كفاية أيضاً ، مع أنهما جماعة وليسا جمعاً ، وأما جواب السلام على الواحد . . فإنه فرض عين ، ويستثنىٰ منه : ما إذا كان المسلّم أو المسلَّم عليه أنثىٰ شابة والآخر رجلاً ولا زوجية بينهما ولا محرمية ولا رق . . فلا يجب الرد ، ثم إن سلم هو . . لم يجز لها الرد ، وإن سلمت هي . . كره له الرد .

ويستثنىٰ منه أيضاً : وجوب السلام على المجنون والسكران ، في وجوبه وجهان بلا ترجيح في « أصل الروضة »[٣] ، **ورجح** شيخنا في « تصحيح المنهاج » : أنه لا يجب ، إلا أن يخاف من تركه شر . . فيجب ؛ دفعاً للشر ، **وصحح** في « شرح المهذب » في (الجمعة) : أنه لا يجب الرد عليهما ولا يستحب[٤] ، وكذا لا يجب الرد على الفاسق إذا كان في تركه زجر ، ولا على المرتد والحربي .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لم أر في كلامهم التصريح بإيجاب الرد على الذمي ، والظاهر أنه يسن الرد عليه ولا يجب ، وفي الرافعي في الجزية عن البغوي : أنه لا يجاب[٥] ، وقال النووي : **الصحيح بل الصواب** : أنه يجاب بما ثبت في الأحاديث الصحيحة : « وعليكم »[٦] .

٥٢٤١ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٨] : (**ويسن ابتداؤه ، لا علىٰ قاضي حاجةٍ وآكلٍ وفي حمامٍ ، ولا جواب عليهم**) و« الحاوي » [ص ٦١٠] : (**والسلام ـ لا على المصلي ، وقاضي الحاجة ، وفي الحمام ـ سنة**) فيه أمور :

أحدها : أن « المنهاج » أطلق الأكل كما فعل الجويني والقاضي حسين والمتولي ، وحمله الإمام علىٰ مَنْ اللقمة في فيه ، وكان يمضي زمان في المضغ والابتلاع ، ويعسر الجواب في الحال ،

---

(١) انظر « الحاوي » (ص ٦٠٣) ، و« المنهاج » (ص ٥١٨) .
(٢) المنهاج (ص ٥٧٢) .
(٣) الروضة (١٠/ ٢٣٠) .
(٤) المجموع (٤/ ٥٠٧) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٣٧٤) .
(٦) انظر « الروضة » (١٠/ ٣٢٦) .

أما بعد البلع وقبل وضع لقمة أخرىٰ.. فلا منع[1]، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج »: وما ذكره الإمام أرجح.

قلت: وجزم به النووي في « الأذكار »[2].

ثانيها: ما ذكراه في الحمام، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج »: لم يقم عليه دليل، ولا سيما إذا كان في الموضع الذي يوضع فيه الثياب، **والمعتمد عندنا**: أنه كغيره، وفي توجيه الرافعي ما يقتضي أنه ليس الكلام في موضع نزع الثياب.

ثالثها: يستثنىٰ أيضاً: المجامع، وهو مفهوم من قاضي الحاجة من طريق الأولىٰ إن لم يكن داخلاً في مسماه، وسلام رجل علىٰ شابة أجنبية وسلامها عليه، والسلام على الكافر، وفي زيادة « الروضة »: **المختار**: أنه لا يبدأ المبتدع بالسلام إلا لعذر أو خوف مفسدة[3]، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج »: لم يتعرضوا للمجنون والسكران، والظاهر أنه لا يسن ابتداء السلام عليهما، وقالوا: لا يسلم علىٰ من هو في الأذان أو الإقامة أو الخطبة، فلو سلم على المؤذن.. لم يجب حتىٰ يفرغ، وهل الإجابة بعد الفراغ واجبة أو مستحبة؟ لم يصرحوا به، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج »: الذي يظهر أنه لا يجب، وأطلق الغزالي أنه لا يسلم على المصلي[4]، ولم يمنعه المتولي، لكن قال: إذا سلم عليه.. لم يرد حتىٰ يفرغ، ويجوز أن يجيب في الصلاة بالإشارة، نص عليه في القديم، وقيل: يجب الرد بعد الفراغ، **والصحيح**: أنه لا يجب الرد مطلقاً، فإن قال في الصلاة: (عليكم السلام).. بطلت، أو: (عليهم السلام).. لم تبطل، وفي حاضر الخطبة ـ تفريعاً على **الجديد**: أنه لا يحرم الكلام ـ ثلاثة أوجه، **أصحها** عند البغوي: وجوب الرد، **والثاني**: استحبابه، **والثالث**: جوازه، وقطع الإمام بأنه لا يجب الرد، **ورجح** شيخنا في « تصحيح المنهاج » مقالة البغوي، قال: **والقياس**: أن هـٰذا يعم كل خطبة، قال: **والأرجح**: أن الخلاف في غير الخطيب، أما الخطيب.. فلا يجب عليه الرد قطعاً؛ لاشتغاله، وفي « أصل الروضة »: أنه إذا سُلّم على الملبي.. رد، نص عليه، وزاد النووي: أنه يكره التسليم عليه في حالة التلبية[5]، ومقتضاه: أنه لا يجب عليه الرد، ويحمل النص على الاستحباب، وفي زيادة « الروضة » عن الواحدي المفسر: **الأولىٰ**: ترك السلام على القارىء، فإن سلّم عليه.. كفاه الرد

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٤٢١).

(٢) الأذكار (ص ١٩٨).

(٣) الروضة (١٠/ ٢٣١).

(٤) انظر « الوجيز » (٢/ ١٨٩).

(٥) الروضة (١٠/ ٢٣٢).

بالإشارة ، ولو رد باللفظ . . استأنف الاستعاذة وقرأ ، قال : وفيما قاله نظر ، والظاهر أنه يسلَّم عليه ، ويجب الرد[1] .

رابعها : قول « المنهاج » [ص ٥١٨] : **(ولا جواب عليهم)** قد يفهم استواء حكمهم ، وليس كذلك ، فيكره لقاضي الحاجة والمجامع ، ويندب للآكل ومن في الحمام ، وفي الرافعي فيمن سلم علىٰ قاضي الحاجة . . هل يستحق الجواب بعد الفراغ ؟ فيه جوابان[2] ، وأسقطه من « الروضة » ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأرجح** : أنه لا يستحق ، ولكن إن خيف أمر . . رد عليه بعد الفراغ .

٥٢٤٢ـ قولهم ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : **(ولا يجب الجهاد إلا علىٰ ذكر ، حر ، بالغ ، عاقل ، مستطيع)**[3] أهملوا اشتراط كونه مسلماً ؛ لوضوحه ، وقد نبه عليه في « الكفاية » ، وتعبير « التنبيه » و« الحاوي » باشتراط الذكورة[4] ، أحسن من قول « المنهاج » [ص ٥١٨] : **(ولا جهاد على امرأة)** لخروج الخنثىٰ بالعبارة الأولىٰ دون الثانية .

ويرد على « التنبيه » : أن وصف الحرية لا يعتبر إذا دخل الكفار بلاد الإسلام ، وإن حصلت المقاومة بالأحرار على **الأصح** ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي » بعد ذلك[5] ، وسيأتي ما فيه .

٥٢٤٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٨] : **(ولا جهاد علىٰ مريض)** و« الحاوي » [ص ٦٠٣] : **(بلا مرض)** قيده « التنبيه » بالمريض الذي لا يقدر على القتال[6] ، وفي معناه : ما إذا لم يقدر على القتال إلا بمشقة شديدة ، وخرج بذلك الصداع ووجع الضرس والحمى الخفيفة ونحوها .

٥٢٤٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٢] : **(إنه لا جهاد على الأعرج)** قيده « المنهاج » و« الحاوي » بالعرج البين[7] ؛ ليخرج عرج يسير لا يمنع المشي ولا الركوب ؛ فإنه يجب معه الجهاد .

٥٢٤٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٨] : **(وأقطع)** أي : اليد بكمالها أو معظم أصابعها ، ولا يضر قطع أصابع الرجلين إذا أمكنه المشي من غير عرج بيّن .

٥٢٤٦ـ قوله : **(وأشل)**[8] أي : أشل اليد أو أشل معظم أصابعها .

---

(١) الروضة (١٠/ ٢٣٢) .
(٢) فتح العزيز (١١/ ٣٧٦) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٢) ، و« الحاوي » (ص ٦٠٣) ، و« المنهاج » (ص ٥١٨) .
(٤) التنبيه (ص ٢٣٢) ، الحاوي (ص ٦٠٣) .
(٥) الحاوي (ص ٦٠٤) ، المنهاج (ص ٥١٩) .
(٦) التنبيه (ص ٢٣٢) .
(٧) الحاوي (ص ٦٠٣) ، المنهاج (ص ٥١٨) .
(٨) انظر « المنهاج » (ص ٥١٨) .

٥٢٤٧ـ قوله : (**وكل عذر منع وجوب حج منع الجهاد ، إلا خوف الطريق من كفار ، وكذا من لصوص مسلمين على الصحيح**)[١] يقتضي منع خوف لصوص المسلمين وجوب الحج مطلقاً ، ومحله : فيما إذا عم الخوف أهل ناحيته ، فإن اختص بإنسان . . لم يمنع ذلك إيجاب الحج عليه ، حتىٰ إذا مات ولم يحج . . قضي من تركته كما نص عليه في « الأم »[٢] .

٥٢٤٨ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**والدين الحال يُحرِّم سفر جهادٍ وغيره إلا بإذن غريمه**)[٣] له شرطان :

أحدهما : أن محله : في الموسر ، فأما المعسر . . فليس له منعه **على الصحيح** في « أصل الروضة »، وحكى الرافعي عن ابن كج : أنه **المذهب**[٤]، لكن في « الكفاية » عن الأصحاب خلافه .

ثانيهما : أن محله : إذا لم يستنبْ من يقضي دينه من مال حاضر ، فإن فعل ذلك . . فله السفر بغير إذنه .

٥٢٤٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٢] : (**وقيل : يجوز في الدين المؤجل أن يجاهد بغير إذنه**) يقتضي أن **الأصح** : منعه في المؤجل أيضاً ، وليس كذلك كما صرح « المنهاج » **بتصحيحه**[٥] ، وهو مقتضىٰ تقييد « الحاوي » بالحال[٦] ، وقال النووي في « تصحيحه » : **ورجحه المصنف في** (باب التفليس)[٧] ، وقال شيخنا الإسنوي في « التنقيح » : ما قاله ممنوع ؛ فإن الذي جوزه الشيخ في التفليس إنما هو السفر لا نفس الجهاد ؛ فإنه قال : (**وقيل : يمنع من سفر الجهاد**)[٨] ، والذي منعه هنا إنما هو نفس الجهاد ؛ فإنه قال : (**ولا يجاهد**)[٩] ، ولم يتعرض للسفر ؛ فليسا مسألة واحدة كما ذكر ؛ فأي ضرورة إلى ارتكاب دعوى التناقض في كلام الشيخ مع تغاير المحكوم عليه ، وسبقه إلى الإشارة لذلك في « الكفاية » .

٥٢٥٠ـ قول « المنهاج » في الدين المؤجل [ص ٥١٩] : (**وقيل : يمنع سفراً مخوفاً**) أعم من تعبير « التنبيه » بالجهاد[١٠] ، وقيد هـٰذا الوجه في « الروضة » بألاَّ يقيم كفيلاً بالدين[١١] .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥١٨) .
(٢) الأم (٢/ ١٢٠) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٢) ، و« الحاوي » (ص ٦٠٣) ، و« المنهاج » (ص ٥١٩) .
(٤) فتح العزيز (١١/ ٣٥٨) ، الروضة (١٠/ ٢١٠) .
(٥) المنهاج (ص ٥١٩) .
(٦) الحاوي (ص ٦٠٣) .
(٧) تصحيح التنبيه (٢/ ٢٠١) .
(٨) التنبيه (ص ١٠١) .
(٩) التنبيه (ص ٢٣٢) .
(١٠) التنبيه (ص ٢٣٢) .
(١١) الروضة (١٠/ ٢١١) .

٥٢٥١ـ قولهما ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**ولا يجوز لمن أحد أبويه مسلم أن يغزو إلا بإذنه**)[١] يفهم اختصاص ذلك بالأبوين ، وليس كذلك ؛ فسائر الأجداد والجدات في ذلك كالأبوين ، ولو مع وجودهما **في الأصح** ؛ ولذلك عبر « الحاوي » بأصل مسلم[٢] ، وظاهر كلامهم اعتبار ظهور الإسلام ؛ فهو الذي تعلق عليه الأحكام ، لكن لو علم الولد نفاقهما . . جاز له سفراً لجهاد بغير إذنهما ولو كانا مسلمين في الظاهر ، نص عليه في « الأم »[٣] كما حكاه شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وتناول كلامهم الأصل الرقيق ، وهو كذلك **على الصحيح** ، فلو كان الولد رقيقاً . . اعتبر في سفر الجهاد وغيره إذن سيده لا أبويه ، قاله الماوردي ، قال : ويلزم المبعض استئذان الأبوين بما فيه من الحرية والسيد بما فيه من الرق[٤] .

٥٢٥٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٩] : (**لا سفر تعلم فرض عين ، وكذا كفاية في الأصح**) هو مقتضىٰ إطلاق « الحاوي » قوله [ص ٦٠٣] : (**لا للعلم**) ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ويستثنىٰ منه : ما إذا كان السفر مخوفاً . . فإنه لا يسافر لطلب فرض الكفاية ، والظاهر سقوط فرض العين عنه كالحج ، وما إذا كانت نفقة الأبوين أو أحدهما لازمة له . . فيجب استئذانهما ، إلا أن يستنيب في الإنفاق عليهما من مال حاضر ، صرح به الماوردي[٥] ، قال شيخنا : وقضيته : أنه لو كان الفرع تجب نفقته على الأصل . . لم يجز له أن يسافر إلا بإذنه إن كان الفرع أهلاً للإذن ، وأن يستنيب في الإنفاق عليه من مال حاضر ، ثم ذكر أن **القياس** : أنه لو أداه نفقة ذلك اليوم وسافر في بقيته . . كان كالمديون بدين مؤجل . انتهىٰ .

وصحح السبكي في كتاب له في بر الوالدين : أنه يمتنع السفر لتعلم فرض الكفاية إذا منعاه[٦] صريحاً .

٥٢٥٣ـ قول « الحاوي » [ص ٦٠٣] : (**كسفر البحر والبادية المخطرة للتجارة**) يقتضي أنه لا يمنعه سفر التجارة في غيرهما ، ولذلك **صححه** الرافعي والنووي[٧] ، لكن **صحح السبكي** : أن لهما منعه من سفر التجارة ولو غلب الأمن .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٢) ، و« المنهاج » (ص ٥١٩) .

(٢) الحاوي (ص ٦٠٣) .

(٣) الأم (٤/١٦٣) .

(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٤/ ١٢٤) .

(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٤/ ١٢٤ ، ١٢٥) .

(٦) في النسخ : (منعناه) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله أعلم .

(٧) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٣٦١) ، و« الروضة » (١٠/ ٢١١ ، ٢١٢) .

٥٢٥٤ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**فإن أذن أبواه والغريم ثم رجعوا. . وجب الرجوع إن لم يحضر الصف**)[1] يستثنىٰ منه صور :

أحدها : أن يخاف علىٰ نفسه أو ماله. . فلا يجب الرجوع ، فلو أمكنه أن يقيم بقرية في الطريق. . لزمه ، وقد ذكره « الحاوي » بقوله [ص ٦٠٣] : (**فإن عجز. . أقام قرية**) .

ثانيها : أن يخاف انكسار قلوب المسلمين. . فلا يجوز الرجوع ، بل يحرم .

ثالثها : أن يكون خروجه بجُعْلٍ مع السلطان. . فلا يرجع كما حكاه في « الكفاية » عن الماوردي[2] ، ونص عليه في « الأم »[3] كما حكاه شيخنا في « تصحيح المنهاج » .

٥٢٥٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٢] : (**وإن كان قد حضر الصف. . ففيه قولان**) **الأظهر** : أنه لا يرجع ، وقد ذكره « المنهاج » فقال [ص ٥١٩] : (**فإن شرع في قتال. . حرم الانصراف في الأظهر**) وعليه مشى « الحاوي » بقوله [ص ٦٠٣] : (**لا من القتال**) ولو عبرا كـ« التنبيه » بحضور الصف. . لكان أولىٰ ؛ لأنه لا يتوقف ذلك على القتال حقيقة ، بل التقاء الفريقين كاف في ذلك ، وعبر في « الروضة » **بالأصح**[4] ، وهو يقتضي أن الخلاف وجهان ، والرافعي قال في « الشرح » : فيه قولان أو وجهان[5] ، وجزم في « المحرر » بأنه قولان[6] ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لم نقف للشافعي رضي الله عنه علىٰ نص في عين المسألة ، ولكنه لما أجاز الرجوع في غير ما استثناه. . احتمل أن يكون مطلقاً ، واحتمل أن يكون ما لم يحضر الصف ، فكان الظاهر أن الخلاف وجهان ، قال : ومحل الخلاف ما لم يخش انكسار المسلمين ، فإن خشي ذلك. . حرم الانصراف .

٥٢٥٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٩] : (**الثاني : يدخلون بلدة لنا فيلزم أهلها الدفع بالممكن**) لا يتوقف ذلك علىٰ دخولها ، بل لو أظلوا عليها ونزلوا بها قاصدين لها. . كان الحكم كذلك ، وكذا لو نزلوا علىٰ خراب أو جبل في دار الإسلام بعيد عن البلدان كما حكاه الإمام عن الأصحاب ، واختار خلافه[7] ، وقال النووي : هـٰذا الذي اختاره الإمام ليس بشيء ، وكيف يجوز تمكين الكفار من الاستيلاء علىٰ دار الإسلام مع إمكان الدفع ؟[8] .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٢) ، و« الحاوي » (ص ٦٠٣) ، و« المنهاج » (ص ٥١٩) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٤/ ١٢٨) .
(٣) الأم (٤/ ١٦٤) .
(٤) الروضة (١٠/ ٢١٣) .
(٥) فتح العزيز (١١/ ٣٦٤) .
(٦) المحرر (ص ٤٤٧) .
(٧) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٤١٥) .
(٨) انظر « الروضة » (١٠/ ٢١٦) .

قلت : لم يجوز الإمام في اختياره تمكينهم من دار الإسلام ، بل قال : إنه فرض كفاية يجب القيام به ، وإنما نفىٰ كونه فرض عين ، وعلى الأول مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٠٩] : (**ولو خراب الإسلام**) فلو صار بينهم وبين بلاد الإسلام دون مسافة القصر . . فقال الماوردي : يتعين فرض القتال علىٰ أهل الثغر[1] ، ومنعه شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : **الأرجح** : بقاء فرض الكفاية ، ونازع شيخنا المذكور في أصل هٰذا الحكم ، وقال : جرىٰ نحو ذلك غزوة الأحزاب ، ولم ينقل فيها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أعلم كل واحد من أهل المدينة بتعين الجهاد عليه ، وإنما الحال مستمر علىٰ فرض الكفاية ، وأطلق الشافعي أن الجهاد فرض كفاية ، ولم يستثن من ذلك إلاَّ حالة الزحف التي يحرم فيها الفرار ، وقال فيما لو غزا المشركون بلاد المسلمين : لا يضيق على المسلمين أن يتحصنوا من العدو وإن كانوا قاهرين للعدو ، وفيما يرون إذا ظنوا ذلك أزيد في قوتهم ما لم يكن العدو يتناول من المسلمين أو أموالهم شيئاً في تحصنهم عنهم ، قال شيخنا : وهٰذا يخالف القول بأن الجهاد صار فرض عين ، **والمذهب المعتمد** ما نص عليه صاحب المذهب ، وبه صرح القفال ، فقال في هٰذه الصورة : فإن قامت به طائفة . . سقط الفرض عن الباقين ، وإن لم يقم به أحد . . خرجوا أجمعين .

٥٢٥٧ـ قول « المنهاج » في هٰذه الحالة [ص ٥١٩] : (**فإن أمكن تأهب لقتال . . وجب الممكن حتىٰ على الفقير وولدٍ ومَدِين وعبد بلا إذن**) و« الحاوي » [ص ٦٠٩] : (**فرض علىٰ كل قوي ، وزال الحجر**) ثم قال « المنهاج » [ص ٥١٩] : (**وقيل : إن حصلت مقاومة بأحرار . . اشترط إذن سيده**) وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هٰذا الذي ضعفه هو **المعتمد في الفتوىٰ** ، وهو مقتضىٰ نص الشافعي ؛ فإنه جعل تولي المسلمين لو غزاهم المشركون كتولي المسلمين من الزحف ، ولم يجعل العبد الغازي بغير إذن سيده آثماً بالتولي من الزحف ؛ فلذلك لا يتوجه إليه الخطاب فيما إذا وطىء الكفار بلاد الإسلام وأمكنت المقاومة بالأحرار ، قال : وهٰذان الوجهان لم أرهما إلا في « النهاية » بلا ترجيح[2] ، وقال الرافعي فيما رجحه : إنه أليق بفقه الباب وأشبه[3] ، قال شيخنا : وهو ممنوع ؛ فالأليق بفقه الباب والأشبه : أنه لا يتوجه الخطاب للعبيد في هٰذه الحالة ؛ لقيام الأحرار بالمطلوب ، ولا سيما وقد نص الشافعي علىٰ ذلك فوجب اطراح ما يخالفه ، ولا ينبغي أن يعد وجهاً .

٥٢٥٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٩] : (**وإلا ؛ فمن قُصِدَ . . دَفَعَ عن نفسه بالممكن إن علم أنه إن أخذ قتل ، وإن جوز الأسر . . فله أن يستسلم**) محله في الرجل ، فأما المرأة إذا علمت امتداد اليد

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٤/ ١٤٤) .

(٢) نهاية المطلب (١٧/ ٤٢٩ ، ٤٣٠) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٣٦٦) .

إليها بالفاحشة.. فعليها الدفع وإن قتلت، أما إذا لم تقصد بالفاحشة في الحال وتوقعته بعد السبي.. قال الرافعي: فيحتمل جواز الاستسلام الآن، وتدفع حينئذ[1].

ومحل الاستسلام عند تجوز الأسر: إذا كان لو امتنع.. لقُتل، وإلا.. فلا يجوز الاستسلام.

٥٢٥٩ـ قوله: (**ومن هو دون مسافة قصر من البلد كأهلها**)[2] يقتضي أنه يصير عليهم فرض عين، حتىٰ على الفقير والولد الذي له أصل حي مسلم والمديون والعبد من غير اعتبار إذن، وأنه يجري في العبيد الخلاف فيما إذا حصلت المقاومة بالأحرار.

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج »: وهٰذا شيء لم يقل به أحد، والإمام الذي سلك هٰذه الطريقة الضعيفة لم يذكر جميع ذلك صريحاً وإن اقتضاه كلامه، واعتبر وجود الزاد فيمن هو دون مسافة القصر.

٥٢٦٠ـ قوله: (**ومن على المسافة.. تلزمهم الموافقة بقدر الكفاية إن لم يكف أهلها ومن يليهم، قيل: وإن كفوا**)[3] مقتضى التعبير: أن المعنىٰ: قيل: وإن كفوا.. تلزمهم الموافقة بقدر الكفاية، وهٰذا غير مستقيم؛ فكان ينبغي أن يقول: (ومن على المسافة.. قيل: تلزمهم الأقرب فالأقرب، **والأصح**: إن كفىٰ أهلها.. لم تلزمهم).

٥٢٦١ـ قول « الحاوي » [ص ٦٠٩]: (**أو أسرت مسلماً يُرجىٰ خلاصه.. فرض علىٰ كل قوي**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٥١٩]: (**ولو أسروا مسلماً.. فالأصح: وجوب النهوض إليهم لخلاصه إن توقعناه**) لأن تعبير « المنهاج » قد يفهم أن الخلاف في كونه فرض كفاية، وليس كذلك، وإنما الخلاف في فرض العين، وتعبير « الحاوي » صريح في ذلك، وذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج »: أن هٰذا الخلاف لا وجود له في شيء من كتب الطريقين، وإنما هو تردد للإمام[4]، قال: ولا توقف عندنا في أنه لا يكون فرض عين في هٰذه الصورة، وليس للولد والعبد والمديون الخروج بغير إذن، وحيث كان الجهاد فرض كفاية.. فهو مستمر بحاله، وهٰذا هو الظاهر من كلام الشافعي وأصحابه؛ والدليل علىٰ هٰذا: أنه كان في الحديبية عند المشركين أسرىٰ رجال ونساء، وجاء بعض الرجال قبل عقد الصلح، وكانت المقاومة ممكنة؛ بدليل قول عمر رضي الله عنه: (فلم نعطِ الدَّنية في ديننا)[5] مع أن في الأعصار تقع أسرى المسلمين في يد الكفار ولم نسمع أن جيشاً من جيوش المسلمين تحرك لخلاص أولـٰئك الأسرىٰ.

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١١/٣٦٦).

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥١٩).

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥١٩).

(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٧/٤١٤، ٤١٥).

(٥) أخرجه البخاري (٣٠١١)، ومسلم (١٧٨٥).



[في الاستعانة على الغزو]

٥٢٦٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٢] : (**ويكره أن يغزو أحدٌ إلا بإذن الإمام**) هو نص الشافعي في « المختصر »[1] ، وقال في « المنهاج » [ص ٥١٩] : (**أو نائبه**) وعبارة « الحاوي » [ص ٦٠٦] : (**ويكره استقلالاً**) وعبارة الإمام : استحب ألاَّ يخرجوا إلا بإذن الإمام .

واستثنىٰ منه شيخنا في « تصحيح المنهاج » مواضع :

أحدها : أن يفوته المقصود بذهابه للاستئذان .

الثاني : إذا عطل الإمام الغزو وأقبل هو وجنده علىٰ أمور الدنيا كما يشاهد .

الثالث : إذا غلب علىٰ ظنه أنه لو استأذن . . لم يؤذن له .

٥٢٦٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٢] : (**ولا يستعين بمشرك ، إلا أن يكون في المسلمين قلة ، والذي يستعين به حسن الرأي في المسلمين**) و« المنهاج » [ص ٥١٩] : (**وله الاستعانة بكفار تؤمن خيانتهم ، ويكونون بحيث لو انضمت فرقتا الكفر . . قاومناهم**) و« الحاوي » [ص ٦٠٣] : (**وله أن يستعين بكافر مأمون**) ذكر الرافعي أن الشرط المذكور في « التنبيه » أولاً والشرط المذكور في « المنهاج » ثانياً يكاد أن يتنافيان ؛ لأنهم إذا قلوا حتى احتاجوا لمقاومة إحدى الفئتين إلى الاستعانة بالأخرىٰ . . فكيف يقدرون علىٰ مقاومتهما معاً لو التأمتا ؟[2]

وقال النووي : لا منافاة ؛ فالمراد : أن يكون المستعان بهم فرقة لا يكثر العَدوُّ بهم كثرة ظاهرة[3] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : في هـٰذا الجواب لين ، ثم أجاب : بأن الكفار إذا كانوا مئتين مثلاً وكان المسلمون مئة وخمسين . . ففيهم قلة بالنسبة لاستواء العددين ، فإذا استعانوا بخمسين كافراً . . فقد استوى العددان ، ولو انحاز هـٰؤلاء الخمسون إلى العدو فصاروا مئتين وخمسين . . أمكن المسلمين مقاومتهم ؛ لعدم زيادتهم على الضعف ، قال : وأيضاً ففي كتب جمع من العراقيين اعتبار الحاجة من غير ذكر القلة ، والحاجة قد تكون للخدمة ، فلا يتنافى الشرطان . انتهى .

وذكر بعضهم : أن الشرط المذكور في « التنبيه » ثانياً ، وهو : حسن رأي المستعان به في المسلمين هو الشرط المذكور في « المنهاج » أولاً ، والمقتصر عليه في « الحاوي » ، وهو أمن

---

(١) مختصر المزني (ص ٢٧٢) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٣٨١) .

(٣) انظر « الروضة » (١٠/ ٢٣٩) .

خيانته ، لكن جعلهما في « الروضة » وأصلها شرطين[1] ، وحكىٰ في « الروضة » من زيادته على الماوردي شرطاً آخر ، وهو : أن يخالفوا معتقد العدوّ ؛ كاليهود مع النصارىٰ[2] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : كلام الشافعي يدل علىٰ أن ذلك غير معتبر ؛ فقد غزا صفوان بن أمية وهو مشرك في غزوة حنين وهم مشركون .

واعلم : أن عبارتهم تتناول النساء والصبيان ، وفي « الروضة » وأصلها قولان في جواز إحضار نساء أهل الذمة وصبيانهم من غير ترجيح[3] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأصح** عندنا : الجواز ؛ فقد جزم به في « الأم » فقال : (ونساء المشركين في هٰذا وصبيانهم كرجالهم لا يحرم أن يشهدوا القتال)[4] ، قال : وما ذكره الرافعي عن القفال من القولين لم أقف عليه .

٥٢٦٤ـ قول « التنبيه » في المرأة والعبد والصبي [ص ٢٣٢] : (**وإن حضروا . . جاز**) فيه أمور :

أحدها : مراده : المرأة المسلمة ، وفي جواز إحضار نساء أهل الذمة وصبيانهم ما تقدم قريباً .

ثانيها : إنما يجوز حضور العبد بإذن الإمام وسيده ؛ ولهٰذا قال « المنهاج » [ص ٥١٩] : (**وله ـ** أي : الإمام ـ **الاستعانة بعبيد بإذن السادة**) و« الحاوي » [ص ٦٠٣ ، ٦٠٤] : (**وله أن يستعين بعبد بإذن**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : يستثنىٰ منه : العبد الموصىٰ بمنفعته لبيت المال ؛ فللإمام الاستعانة به بغير إذن السيد المالك للرقبة ، وكذا السفر به بغير إذن المالك **على الأصح** في « أصل الروضة » في الوصية بالمنافع[5] ، وكذا المكاتب كتابة صحيحة ، وله أن يسافر به بناء علىٰ أن للمكاتب السفر بغير إذن السيد ، وهو **الأظهر** .

ثالثها : أن شرط جواز حضور الصبي : أن يكون بإذن الإمام ، وقيده « الحاوي » بالمراهق[6] ، و« المنهاج » بالمراهق القوي[7] ، وقال الرافعي : ظاهر ما نقله القفال عن الشافعي يقتضي جواز إحضار الذريّة مطلقاً ، إلاَّ مَن لا يميز . . يجب ألاَّ يجوز إحضاره[8] ، وأسقط ذلك في « الروضة » ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إذا حصلت من المميز إعانة ورأى الإمام

---

(١) فتح العزيز (١١/ ٣٨١) ، الروضة (١٠/ ٢٣٩) .

(٢) الروضة (١٠/ ٢٣٩) ، وانظر « الحاوي الكبير » (١٤/ ١٣٢) .

(٣) فتح العزيز (١١/ ٣٨٤) ، الروضة (١٠/ ٢٤٠) .

(٤) الأم (٤/ ١٦٧) .

(٥) الروضة (٦/ ١٨٨) .

(٦) الحاوي (ص ٦٠٤) .

(٧) المنهاج (ص ٥١٩) .

(٨) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٣٨٤) .

استصحابه . . جاز ، ونص في « الأم » علىٰ ما يقتضيه[1] ، قال : واعتبار القوة مردود ، والمعتبر حصول المنفعة بهم وإن لم يكونوا أقوياء ، قال : ومحله : إذا لم يكن له أصل حي مسلم ، فإن كان . . فإذنه معتبر في البالغ ؛ ففي المراهق بطريق الأولىٰ .

قلت : وقد يجعل قول « الحاوي » [ص ٦٠٤] : (**بإذن**) راجعاً للمراهق والعبد المذكورين قبله علىٰ قاعدة الشافعي ؛ ويكون لهٰذا المعنىٰ أطلق الإذن .

قال شيخنا : وليس للوصي منعه من ذلك ، والأمر فيه للإمام .

قال في « المهمات » : وفيه إشكال مع ما قالوه في المنع من إركاب ماله في البحر الملح وإن كان الغالب السلامة .

قلت : في هٰذا تمرين على العبادة ، بخلاف التجارة بماله ؛ لا عبادة فيها مع التعزير ، والله أعلم .

٥٢٦٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٩] : (**وله بذل الأُهبة والسلاح من بيت المال ومن ماله**) لا يختص الحكم بالإمام ؛ فللآحاد بذله من ماله ؛ ولهٰذا قال « الحاوي » [ص ٦٠٤] : (**ولكل ترغيب المسلم ببذل أُهبة**) .

٥٢٦٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٩] : (**ولا يصح استئجار مسلم لجهاد**) مكرر ، تقدم في (الإجارة)[2] ، واقتصر « الحاوي » علىٰ ذكره هناك[3] ، وهو داخل في قول « التنبيه » [ص ٢٣٢] : (**ولا يجاهد أحد عن أحد**) فإنه يتناول ما إذا كان بعوض وغيره ، ويستثنىٰ منه موضعان :

أحدهما : العبد ، فيه وجهان إن قلنا : (لو وطىء الكفار دارنا . . يتعين على العبيد) . . فهم كالأحرار ، وإلا . . جاز ، حكاه في « أصل الروضة » **عن الإمام**[4] ، ومقتضاه : **ترجيح المنع** ؛ **لأن الأصح** : تعيينه عليهم لو وطىء الكفار دارنا ، لكن تقدم عن شيخنا : أنه **رجح في** « تصحيح المنهاج » خلافه ؛ فلذلك **صحح** هنا الإجارة إذا آجره مالكه ، وصدرت الإجارة مع الإمام .

ثانيهما : غير البالغ ذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » أنه لو أجره وليه . . صح ؛ فإنه لا يتعين عليه بحضور الصف ، ثم استشكله بمنع التغرير بماله في البحر ، ثم أجاب عنه : بتمكين النبي صلى الله عليه وسلم من هو دون البلوغ من حضور الجهاد ، وعرضه عليه ، ورضخه له ، وذلك يدل علىٰ أن مثل هٰذا مما يحرص عليه ويتدرب به ، ثم ظاهر كلامهم امتناع استئجار المسلم للجهاد ولو

---

(١) الأم (٤/١٦٧) .

(٢) المنهاج (ص ٣١٠) .

(٣) الحاوي (ص ٣٧٩) .

(٤) الروضة (١٠/ ٢٤١) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٤٢٩ ، ٤٣٠) .

وردت الإجارة علىٰ ذمته ، لكن يشكل بجواز إلزام ذمة من لم يحج الحج عن غيره ، وحائض خدمة مسجد ، وإن امتنع ذلك في إجارة العين .

٥٢٦٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥١٩] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٧٩] : (**ويصح استئجار ذمي للإمام**) فيه أمور :

أحدها : أنه لا يختص بالذمي ، بل يجوز مع المعاهد أيضاً بهُدنة أو أمان ، ذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : في كلام الشافعي والأصحاب ما يقتضيه .

ثانيها : أن محل جواز استئجاره : حيث تجوز الاستعانة ، فإن استأجره حيث يمتنع . . فالإجارة باطلة .

ثالثها : أن مقتضىٰ كلامهما : استمرار الإجارة ولو أسلم ، لكن مقتضىٰ ما في « أصل الروضة » فيما لو استأجر طاهراً لخدمة المسجد ، فحاضت ، من انفساخ الإجارة : انفساخها هنا[١] ، وإليه ذهب شيخنا في « تصحيح المنهاج » .

رابعها : يرد علىٰ إطلاقهما : أنه لا يصح استئجاره من مال نفسه ، بل ولا من سائر أموال بيت المال ، وإنما يستأجره من شيء مخصوص ، وهو خمس الخمس ، وقد ذكر ذلك « الحاوي » فيما إذا أخرجه قهراً . قال : (**له الأجر من خمس الخمس**)[٢] .

خامسها : ليست هـٰذه الإجارة علىٰ قياس سائر الإجارات ، فلو تعذر سفر الجيش لصلح صدر قبله . . كان عذراً في فسخ الإجارة ، وإن كانت الإجارة لا تنفسخ بالعذر ، ويسترجع الإمام منهم ما دفعه إليهم ، وإن كان الصلح بعد رده لهم دار الحرب . . لم يسترجع منهم شيئاً ؛ لأن مسير الجيش إليهم أثر في الرهبة المفضية للصلح ، وإن كان ذلك بعد خروجهم من دار الإسلام وقبل دخولهم أرض الحرب . . ففي استحقاقهم من الأجرة بقدر المسافة وجهان حكاهما الماوردي .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **والأرجح في نظيرها من (الحج)** : أنه لا يستحق شيئاً ، **فكذلك الأرجح هنا** ، وإن كان ترك الجهاد لانهزام العدو استحقوا[٣] الأجرة وإن تركوه مع الحاجة إليه . . ردوا من الأجرة بالقسط ، **وصحح** شيخنا تقسيطه علىٰ قطع المسافة من بلد الإجارة والقتال في دار الحرب .

٥٢٦٨ـ قول « الحاوي » [ص ٦٠٤] : (**فإن أخرج الذمي لا المسلم قهراً . . له الأجر**) قال الرافعي : كذا أطلقوه في المسلم ، وفصّل البغوي فقال : إن تعين عليه . . فكذلك ، وإلا . . فله

---

(١) الروضة (٥/ ١٨٤) .

(٢) الحاوي (ص ٦٠٤) .

(٣) في النسخ : (واستحقوا) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله أعلم .

أجرة الذهاب ، وهو تفصيل حسن ؛ فليحمل الإطلاق عليه[1] .

٥٢٦٩ـ قوله : (**وإن عين شخصاً لدفن وغسل . . من تركته ، ثم بيت المال ، ثم سقط**)[2] هٰذا التفصيل استدركه الإمام والغزالي[3] ، وأطلق مطلقون أنه لا أجرة له ، قال الرافعي : والتفصيل حسن ؛ فليحمل الإطلاق عليه[4] .

٥٢٧٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٢] : (**ولا يقاتل من لم تبلغه الدعوة حتىٰ يعرض عليه الدين**) قال ابن يونس في « التنويه » : كلامه يقتضي وجوب عرض الدين عليه ؛ أي : يعرفه إياه بأحكامه وتفاصيله ، وليس كذلك ، وإنما هو مستحب كما صرح به في « المهذب » وغيره ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام أغار علىٰ بني المصطلق وهم غافلون[5] .

٥٢٧١ـ قوله : (**ويقاتل أهل الكتابين والمجوس إلىٰ أن يسلموا أو يبذلوا الجزية**)[6] محله : قبل نزول عيسىٰ عليه السلام ، فأما بعده . . فلا يقبل منهم إلا الإسلام .

٥٢٧٢ـ قوله : (**ويتجنب قتل أبيه وابنه ؛ إلا أن يسمع منهم ما لا يصبر عليه من ذكر الله تعالىٰ وذكر رسوله صلى الله عليه وسلم**)[7] عبر في قتال البغاة بقوله : (**ويتجنب قتل رحمه**)[8]

وتبع في التعبيرين « المختصر »[9] ، ولا فرق بين البابين كما قاله الأصحاب ، نبه عليه في « الكفاية » .

وهٰذا التجنب علىٰ وجه الاستحباب ؛ ولذلك عبر « المنهاج » بقوله [ص ٥١٩] : (**ويكره لغازٍ قتل قريب ، ومَحْرَمٍ أشدُّ**) وعبارة « الحاوي » نحوه[10] ، والمراد : المحرم القريب ، أما غير القريب من المحارم . . فقال شيخنا ابن النقيب : لم أر من ذكر المنع من قتله[11] ، ولم يذكر « المحرر » و« الحاوي » الاستثناء الذي في « التنبيه » ، واستدركه « المنهاج » بقوله [ص ٥٢٠] : (**إلا أن يسمعه يسب الله أو رسوله**) .

---

(١) فتح العزيز (١١/٣٨٦) ، وانظر « التهذيب » (٧/٤٥٧) .
(٢) انظر « الحاوي » (ص ٦٠٤) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٧/٤٣١) ، و« الوجيز » (٢/١٩٠) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١١/٣٨٦) .
(٥) المهذب (٢/٢٣١) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٢) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٢) .
(٨) التنبيه (ص ٢٢٩) .
(٩) مختصر المزني (ص ٢٥٨ ، ٢٦٩) .
(١٠) الحاوي (ص ٦٠٦) .
(١١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/١٣) .

٥٢٧٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٠] : (**ويحرم قتل صبي ومجنون وامرأة وخنثىٰ مشكل**) محله : ما لم يقاتلوا كما صرح به « المحرر » و« التنبيه »[١] ، إلا أنه لم يذكر المجنون والخنثىٰ ، وليس هـٰذا دفعاً كالصائل ، بل يقتلون إذا قاتلوا وإن أمكن دفعهم بغيره .

٥٢٧٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٠] : (**ويحل قتل راهب وأجير وشيخ وأعمىٰ وزَمِنٍ لا قتال فيهم ولا رأي في الأظهر**) فيه أمور :

أحدها : أنه يقتضي أن محل القولين في الراهب : إذا لم يكن فيه رأي ولا قتال ، وليس كذلك ، بل هما جاريان فيه مطلقاً كما أطلقهما في « المختصر »[٢] ، وجرىٰ عليه الأصحاب المعتبرون ، قاله شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، ويوافقه عبارة « التنبيه » حيث قال[ص ٢٣٢] : (**وفي قتل الشيوخ الذين لا رأي لهم ولا قتال فيهم وأصحاب الصوامع قولان ، أصحهما : أنهم يقتلون**) .

ثانيها : اعترضه شيخنا في « تصحيح المنهاج » بأن **المعتمد** : القطع بجواز قتل الأجير ، وهي طريقة العراقيين ، وكذلك الأعمىٰ والضعيف ، ولا سيما إن كان الضعيف مرجو الإفاقة .

ثالثها : واعترضه أيضاً بأن من يثبت القولين في الأجير . . لا يخصهما بما إذا لم يكن فيه رأي ولا قتال .

رابعها : نقل شيخنا ابن النقيب : أن الذي رآه في نسخ « المنهاج » : (**وشيخ وضعيف**) بالواو ، وأنه رآه كذلك في نسخة « المصنف » بخطه ، لكنه مضروب عليه ؛ أعني : المعطوف وحرف العطف ، وهو قوله : (**وضعيف**) ، قال : والذي رأيته في « المحرر » و« الروضة » : (والشيخ الضعيف) بلا واو[٣] .

٥٢٧٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٢] : (**ويجوز بياتهم ونصب المنجنيق عليهم ورميهم بالنار**) و« المنهاج » [ص ٥٢٠] : (**وإرسال الماء عليهم ورميهم بنار ومنجنيق وتبييتهم في غفلة**) و« الحاوي » [ص ٦٠٤] : (**ومنجنيق وتحريق وتغريق**) محله : في غير مكة ، فلو تحصن بها أو بموضع من حرمها طائفة من الحربيين . . لم يجز قتالهم بما يعم ، كما نص عليه في « الأم » في « سير الواقدي »[٤] ، وحمل أبو الفرج الزاز الجواز في غيرها علىٰ ما إذا كان بالإمام إليه حاجة أولم يكن فيهم إلا المقاتلة ، فإن لم يكن به إليه حاجة وكان فيهم النساء والصبيان . . كره ، حكاه عنه

---

(١) التنبيه (ص ٢٣٢) ، المحرر (ص ٤٤٨) .

(٢) مختصر المزني (ص ٢٧٢) .

(٣) السراج علىٰ نكت المنهاج (٨/ ١٤) ، وانظر « المحرر » (ص ٤٤٨) ، و« الروضة » (١٠/ ٢٤٣) .

(٤) الأم (٤/ ٢٤٤) .

شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : إنه **معتمد** ، قال : وإنما لا يكون البيات مكروهاً إذا كان له به حاجة ، وإلا . . فهو مكروه وإن لم يكن فيهم إلا المقاتلة ؛ لأنه لا يأمن في سواد الليل أن يقتل مسلماً من أهل الجيش ظناً أنه كافر .

٥٢٧٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٢] : (**وإن كان معهم قليل من أسارى المسلمين . . لم يمتنع من رميهم ، وإن كانوا كثيراً . . لم يرمهم إلا إذا خاف شرهم**) طريقة ، **والمرجح** : الجواز لو كانوا كثيراً ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٥٢٠] : (**فإن كان فيهم مسلم أسير أو تاجر . . جاز ذلك على المذهب**) و« الحاوي » [ص ٦٠٤] : (**ولو فيهم مسلم**) ، وعبارة « أصل الروضة » : فيه طرق : **المذهب** : أنه إن لم يكن ضرورة . . كره ، ولا يحرم في **الأظهر** ، وإن كانت لخوف ضررهم ، أو لم يحصل فتح القلعة إلا به . . جاز ، ثم ذكر طريقين آخرين ، ثم قال : **والمذهب** : الجواز وإن علم أنه يصيب مسلماً ، وهو نص « المختصر »[(١)] .

وذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » أن نص « الأم » و« المختصر » الجواز عند الضرورة ، ولا خلاف فيه ، وأما عند عدم الضرورة . . فقضية نص « الأم » التحريم ، وقضية نص « المختصر » أنه غير بيّن التحريم ، ولكنه مكروه ؛ فإطلاق الجواز على المذهب مخالف النصين جميعاً ، قال : **والمعتمد** عندنا في صورة ألاَّ يمكن فتح القلعة إلا بذلك : أنها ليست حالة ضرورة ، وفي نص « الأم » ما يقتضيه[(٢)] .

٥٢٧٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٢] : (**وإن تترسوا بالنساء والصبيان في القتال . . لم يمتنع من قتالهم**) محله : ما إذا دعت إلىٰ ذلك ضرورة ، فإن لم تدع إليه ضرورة . . **فالأظهر** : تركهم ، وعبارة « المنهاج » [ص ٥٢٠] : (**وإن دفعوا بهم عن أنفسهم ولم تدع ضرورة إلىٰ رميهم . . فالأظهر : تركهم**) وكان ينبغي الاقتصار على انتفاء الضرورة ؛ فهو المعتبر ، وأما الدفع بهم عن أنفسهم . . فليس شرطاً في ذلك ؛ وكأنه تصوير للمسألة ؛ ويدل علىٰ ذلك أن عبارة « أصل الروضة » : وإن لم يكن ضرورة ؛ بأن كانوا يدفعون بهم عن أنفسهم واحتمل الحال تركهم[(٣)] ، ومن العجيب أن « الحاوي » أهمل الشرط الذي هو الضرورة ، وذكر التصوير المشترك بين جواز الرمي وعدمه وهو الدفع ، فقال : (**وإن تترسوا بالنساء لا دفعاً . . ضُرب الترس**)[(٤)] وخالف هٰذا الترجيح في زيادة « الروضة » ، فقال : **إن الراجح** : الجواز[(٥)] ، **ورجحه شيخنا** في « تصحيح المنهاج » .

---

(١) الروضة (١٠/ ٢٤٥) .
(٢) الأم (٤/ ٢٤٤) ، مختصر المزني (ص ٢٧١) .
(٣) الروضة (١٠/ ٢٤٤) .
(٤) الحاوي (ص ٦٠٦) .
(٥) الروضة (١٠/ ٢٤٥) .

٥٢٧٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٢ ، ٢٣٣] : (**وإن تترسوا بهم** ـ أي : بأسارى المسلمين ـ **في حال القتال.. لم يمتنع من قتالهم ، غير أنه يتجنب أن يصيبهم**) محله : فيما إذا دعت إليه ضرورة ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٥٢٠] : (**وإن تترسوا بمسلمين ؛ فإن لم تدع ضرورة إلىٰ رميهم.. تركناهم ، وإلا.. جاز رميهم في الأصح**) وتعبيره بالأصح يقتضي قوة الخلاف ، وأنه وجهان ، وليس كذلك ؛ فالتجويز هو نص « الأم » و« المختصر »[١] ، وقد عبر في « الروضة » **بالصحيح المنصوص**[٢] ، وعبارة « الحاوي » [ص ٦٠٦] : (**وإن تترسوا بالمسلمين في الصف ولو تركوا انهزمنا ، لا كافر بمسلم.. ضُرب الترس**) فقيد الجواز بأن يكونوا لو تركوا.. انهزمنا ، وهي صورة الضرورة ، واستثنىٰ من ذلك مسألة ، وهي : ما لو تترس كافر بمسلم.. فلا يجوز قتل المسلم ، قال في « الوجيز » : وإن خفنا علىٰ أنفسنا ؛ فإن دم المسلم لا يباح بالخوف[٣] ، وأراد به : ما إذا لم يعم الخوف ، وإلا.. يلزم من الكف مفسدة كلية ، واحترز بقوله : (**في الصف**) عما إذا تترسوا بهم في نحو قلعة عند محاصرتها.. فلا نرمي الترس ؛ لأنا في غنية عن فتحها .

٥٢٧٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٠] : (**ويحرم الانصراف عن الصف إذا لم يزد عدد الكفار علىٰ مثلَيْنَا إلا متحرفاً لقتال أو متحيزاً إلىٰ فئة**) فيه أمور :

أحدها : أن التعبير بالانصراف عن الصف هو كذلك في « الحاوي »[٤] ، ومقتضاه : أنه لو لقي مسلم مشركين.. فله الانصراف مطلقاً ؛ إذ لا صف ، وهو كذلك في « الروضة » وأصلها ، قال : إن طلباه.. فله الفرار ، وإن طلبهما.. فهل له أن يولي بعد ذلك ؟ وجهان ، **أصحهما** : نعم ؛ لأن فرض الجهاد والثبات إنما هو في الجماعة ، وحكاه الرافعي عن **تصحيح** « البحر »[٥] .

وقال الماوردي : إنه **الظاهر** من مذهب الشافعي[٦] ، لكن قول « التنبيه » [ص ٢٣٣] : (**وليس للمسلم أن ينصرف عن اثنين إلا متحرفاً لقتال أو متحيزاً إلىٰ فئة**) يقتضي منع الفرار في هٰذه الصورة، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه **الأظهر** بمقتضىٰ نص الشافعي في « مختصر المزني » فإنه حكىٰ عن ابن عباس: أن من فرّ من ثلاثة.. فلم يفرّ، ومن فر من اثنين.. فقد فرّ ، ثم قال الشافعي: هٰذا مثل معنى التنزيل ، فإذا فرّ الواحد من الاثنين.. فأقل ، وساق الكلام علىٰ ذلك[٧] .

---

(١) الأم (٤/٢٤٤) ، مختصر المزني (ص ٢٧١) .
(٢) الروضة (١٠/٢٤٦) .
(٣) الوجيز (٢/١٩١) .
(٤) الحاوي (ص ٦٠٦) .
(٥) فتح العزيز (١١/٤٠٥ ، ٤٠٦) ، الروضة (١٠/٢٤٩) .
(٦) انظر « الحاوي الكبير » (١٤/ ١٨١) .
(٧) مختصر المزني (ص ٢٧١) .

ثانيها : محل ذلك : مع القدرة ، فيجوز الانصراف مع العجز ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٦٠٧] : (**ومن عجز بمرض أو لم يبق معه السلاح أو مات فرسه عاجزاً عن القتال رَاجِلاً**) فإن أمكنته الحجارة. . امتنع الانصراف **على الأصح** عند النووي من زيادته ، لكنه في « أصل الروضة » في الباب الأول جعله وجهاً ضعيفاً[1] .

ثالثها : يستثنىٰ من كلامهم معاً : العبد إذا شهد القتال بغير إذن سيده. . فلا يحرم عليه الفرار ، وكذلك النساء إذا شهدن القتال ثم ولين. . فلا يأثمن بالتولي ، نص عليه في « الأم »[2] كما حكاه شيخنا في « تصحيح المنهاج » .

رابعها : يستثنىٰ من كلامهم أيضاً : أنه يجوز فرار مئة من ضعفائنا عن مئة وتسعة وتسعين من أبطالهم **على الأصح** في اعتبار المعنىٰ ، كما سيأتي في عكسه في عبارة « المنهاج » و« الحاوي » أنه يحرم انصراف مئة بطل عن مئتين وواحد ضعفاء في **الأصح**[3] ؛ ففي « أصل الروضة » : أنه يجري الخلاف في عكسه ، وذكر هـٰذا المثال[4] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وأخذا عكسه في الصورة والمعنىٰ ، ولكن عكسه في المعنىٰ يشمل هـٰذا ومئة ضعفاء مع مئتين من أبطالهم ، وسيأتي في كلام شيخنا ترجيح اعتبار العدد دون المعنىٰ ، والله أعلم .

خامسها : اشترط « الحاوي » في جواز التحيز إلىٰ فئة : ألاَّ تنكسر ؛ أي : الفئة المنصرف عنها بانصرافه ، فإن انكسرت بذلك. . فلا يجوز الانصراف[5] ، وتبع في ذلك « الوجيز »[6] ، وفي كلام الإمام ما يشعر به[7] ، قال الرافعي : ولم يتعرض له المعظم[8] .

٥٢٨٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٠] : (**ويجوز إلىٰ فئة بعيدة في الأصح**) عبر في « الروضة » بالصحيح[9] ، وكان ينبغي التعبير بالنص ؛ فإنه المنصوص في « الأم » و« المختصر »[10] ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محله : ما إذا لم يجد فيه قرينة ، فإن وجد. . امتنع التحيز إلى

---

(١) الروضة (١٠/ ٢١٣ ، ٢٤٨) .
(٢) الأم (٤/ ١٧٠) .
(٣) الحاوي (ص ٦٠٦) ، المنهاج (ص ٥٢٠) .
(٤) الروضة (١٠/ ٢٤٨) .
(٥) الحاوي (ص ٦٠٧) .
(٦) الوجيز (٢/ ١٩١) .
(٧) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٤٤٨ ، ٤٤٩) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٤٠٢) .
(٩) الروضة (١٠/ ٢٤٧) .
(١٠) الأم (٤٠/ ١٧٠) ، مختصر المزني (ص ٢٧١) .

البعيدة قطعاً ، وفي كلام الشيخ أبي حامد عن الشافعي ما يقتضي هـٰذا ؛ إذ قال : قال الشافعي : إلا أنهم ينحازون إلى الأقرب فالأقرب منهم ، قال شيخنا : وإطلاق ذلك كما في النص وكلام هـٰؤلاء الأصحاب يؤدي إلىٰ أن الجيش أو بعضه ينصرف من وجه العدو بعد الزحف إلى الفئة البعيدة من إمام وغيره بلا سبب ، وهـٰذا لا يقوله أحد .

٥٢٨١ـ قوله : (**ويشارك متحيز إلىٰ قريبةٍ في الأصح**)[١] وهو مفهوم « الحاوي »[٢] ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه مخالف لنص « الأم » حيث قال : فإن قالوا : ولينا متحرفين لقتال أو متحيزين إلىٰ فئة . . كانت عليهم سهامهم فيما غُنم قبل أن يولوا ، ولو غنموا بعد التولية شيئاً ثم عادوا . . لم يكن لهم سهامهم فيما غنم بعدهم ؛ لأنهم لم يكونوا مقاتلين ولا رِدْءاً[٣] ، قال : وظاهر النص أنه في المتحيز إلىٰ فئة قريبة ؛ لقوله : (ثم عادوا) وإذا حمل على الأعم . . حصل لنا العمل بظاهر النص ، ونقل في « الروضة » وأصلها النص في المتحيز إلى البعيدة[٤] ، وليس كما ذكراه .

٥٢٨٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٣] : (**وإن كان بإزائه أكثر من اثنين وغلب علىٰ ظنه أنه لا يهلك . . فالأولىٰ أن يثبت ، وإن غلب علىٰ ظنه أنه يهلك . . فالأولىٰ أن ينصرف ، وقيل : يجب عليه**) حمل الإمام هـٰذين الوجهين علىٰ ما إذا كان في الثبات نِكاية ، قال : فإن كان فيه الهلاك المحض من غير نكاية . . وجب الفرار قطعاً[٥] ، وقال النووي : **إنه الحق**[٦] ، ثم كلام « التنبيه » يقتضي جواز الانصراف عند الزيادة على الضعف مطلقاً ، وبه صرح « المنهاج » ، واستثنىٰ منه صورة ، فقال : (**فإن زاد علىٰ مثلين . . جاز الانصراف ، إلا أنه يحرم انصراف مئة بَطَلٍ عن مئتين وواحد ضعفاء في الأصح**)[٧] وذكر « الحاوي » مثله[٨] ، وفي هـٰذا الاستثناء أمران :

أحدهما : أن كلامهما يقتضي تخصيص الاستثناء بهـٰذا التصوير ، وليس الأمر كذلك ، قاله شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، قال : وإنما العبرة عند من استثنىٰ هـٰذا الاستثناء بأن يكون مع المسلمين من القوة ما يغلب به على الظن أنهم يقاومون من بإزائهم من العدو الزائد علىٰ مثليهم ويرجون الظفر بهم .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٢٠) .
(٢) الحاوي (ص ٦٠٧) .
(٣) الأم (٤/١٧٠) .
(٤) فتح العزيز (١١/٤٠٤) ، الروضة (١٠/٢٤٨) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٧/٤٥٤) .
(٦) انظر « الروضة » (١٠/٢٤٩) .
(٧) المنهاج (ص ٥٢٠) .
(٨) الحاوي (ص ٦٠٦) .

ثانيهما : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ما صححه من إرادة الحال على المعنىٰ مخالف لظواهر نصوص الشافعي التي احتج عليها بظاهر القرآن ، وما نقله عن ابن عباس وعليه جرىٰ جمهور أصحاب الطريقين ، وهو **المعتمد في الفتوىٰ** .

٥٢٨٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٠] : (**وتجوز المبارزة**) و« الحاوي » [ص ٦٠٦] : (**إنها لا تكره**) قيده « التنبيه » بأن يعرف من نفسه بلاء في الحرب[١] .

٥٢٨٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٣] : (**وإن بارز كافر . . استحب لمن عرف من نفسه بلاءً في الحرب أن يخرج إليه**) اعتبر « المنهاج » لذلك شرطاً آخر ، وهو : أن يكون بإذن الإمام[٢] ، وفي معناه : إذن أمير الجيش ، وعبر « المنهاج » عن الشرط الأول : بأن يكون ممن جرّب نفسه[٣] .

واعترضه شيخنا في « تصحيح المنهاج » : بأنه لا يكفي ذلك ، بل لا بد معه أن يعرف قوته وجرأته كما صرح به في « الروضة » وأصلها[٤] .

وأقول : المراد : أن يجرب نفسه فيعرف منها القوة والجرأة ، وليس المراد : أن يجربها فيعرف منها الضعف والخور ، فالمعنىٰ مع هـٰذا مفهوم لا يحتاج للتصريح به ، وزاد الماوردي شرطاً **ثالثاً** ، وهو : ألاَّ يدخل بقتل المبارز ضرر على المسلمين بهزيمة تحصل لهم ؛ يعني : لأنه كبيرهم ، فإن كان كذلك . . لم يجز أن يبارز[٥] ، قال شيخنا : وهـٰذا لا بد منه ، قال : ويحتمل أن يقال بالكراهة خاصة ، واستثنىٰ شيخنا المذكور من ذلك أيضاً : ما إذا كان عبداً أو ذا أصل مأذوناً له في الجهاد من غير تصريح بالإذن في المبارزة . . فلا يستحب له .

٥٢٨٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٣] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٦١٢] : (**وإن شرط ألاَّ تقاتله غيره . . وُفِّيَ له بالشرط**) كذا لو جرت العادة بأن من بارز لا يقاتله غير من برز إليه . . فتجعل العادة كالشرط **على الأصح** في « أصل الروضة » ، ولم يصرح الرافعي بترجيح من الوجهين ، وإنما قال : الذي أورده الروياني في « جمع الجوامع » أنه كالمشروط[٦] .

قال في « الكفاية » : وحكاه الماوردي والبندنيجي وابن الصباغ عن النص ، وغيرهم عن نصه في « سير الواقدي » ، واختاره في « المهذب »[٧] .

---

(١) التنبيه (ص ٢٣٣) .
(٢) المنهاج (ص ٥٢٠) .
(٣) المنهاج (ص ٥٢٠) .
(٤) فتح العزيز (١١/٤٠٧) ، الروضة (١٠/ ٢٥٠) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٤/ ٢٥٢) .
(٦) فتح العزيز (١١/٤٦٨) ، الروضة (١٠/ ٢٨٤ ، ٢٨٥) .
(٧) المهذب (٢/٢٣٧) ، وانظر « الحاوي الكبير » (١٤/ ٢٥٢ ، ٢٥٣) .

٥٢٨٦- قولهما أيضاً : (**إلا أن يثخن المسلم أو ينهزم منه**)[1] يفهم أن المراد : انهزام الكافر ، لكن حكم انهزام المسلم كذلك ؛ فالمراد : انهزام أحدهما ، وفي قول « التنبيه » [ص ٢٣٣] : (**فيجوز قتاله**) تجوّز ؛ فإن إعانة المسلم حينئذ واجبة ، وعبر « الحاوي » بالفعل[2] .

٥٢٨٧- قول « التنبيه » [ص ٢٣٣] : (**وإن شرط ألاَّ يتعرض له حتىٰ يرجع إلى الصف .. وُفِّيَ له بذلك**) يستثنىٰ منه : ما إذا أعان الكافرَ جمعٌ من الكفار من غير أن يمنعهم من ذلك : وما إذا أثخن المسلم وأراد التذفيف عليه ، وإن شرط له ذلك .. فإنه شرط فاسد لا يعمل به ، وقد ذكر ذلك « الحاوي »[3] ، وما إذا ولىٰ عنه المسلم فتبعه .

٥٢٨٨- قول « التنبيه » [ص ٢٣٤] : (**ويجوز قطع أشجارهم وتخريب ديارهم**) أوضحه « المنهاج » بقوله [ص ٥٢٠] : (**لحاجة القتال والظفر بهم**) وقال الماوردي : إذا علمنا أنّا لا نصل إلى الظفر بهم إلا بفعل ذلك .. وجب[4] ، وصوبه شيخنا في « تصحيح المنهاج » .

٥٢٨٩- قول « المنهاج » [ص ٥٢٠] : (**وكذا إن لم يُرج حصولها لنا ، فإن رُجي .. نُدب الترك**) فيه أمران :

أحدهما : أن المعتبر ظن حصولها لنا ، لا مجرد الرجاء ؛ ولذلك قال « التنبيه » [ص ٢٣٤] : (**فإن غلب على الظن أنه يحصل لهم .. فالأولىٰ ألاَّ يفعلوا ذلك**) و« الحاوي » [ص ٦٠٦] : (**ويكره إهلاك مال ظن حصوله للمسلمين**) .

ثانيهما : قد عرفت أن الاقتصار على استحباب الترك هو الذي في « التنبيه » ، وكذا « المحرر » و« شرح الرافعي »[5] ، وحكاه الشيخ أبو حامد عن النص ، وأن في « الحاوي » الكراهة ، وكذا في « أصل الروضة »[6] ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه ليس بمعتمد .

٥٢٩٠- قول « التنبيه » [ص ٢٣٤] : (**ولا يجوز قتل البهائم إلا إذا قاتلوا عليها**) زاد « المنهاج » صورة أخرىٰ فقال [ص ٥٢١] : (**أو غنمناه وخفنا رجوعه إليهم وضرره**) وتناول الصورتين قول « الحاوي » [ص ٦٠٦] : (**وتُقتل الخيل للحاجة**) وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » في الصورة الثانية : إنها لا تساوي الأولىٰ في جواز العقر ، ولكنا نذبحه للأكل إن كان مأكولاً ، فإن لم نتمكن من ذبحه .. لم نتلفه بغير الذبح ولو خفنا رجوعه إليهم وضرره ، وكذا غير المأكول لا نذبحه ،

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٣) ، و« الحاوي » (ص ٦١٢) .
(٢) الحاوي (ص ٦١٢) .
(٣) الحاوي (ص ٦١٢) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٨٦/١٤) .
(٥) المحرر (ص ٤٥٠) ، فتح العزيز (٤٢٤/١١) .
(٦) الروضة (٢٥٨/١٠) .

قال : هٰذا مذهب الشافعي الذي ذكره في كتبه ، وجرىٰ عليه أصحابه ، وما ذكره الرافعي والنووي في ذلك ليس بمعتمد[1] ، وقد سبقهما إليه الماوردي وصاحب « المهذب »[2] ، لكن صورة المسألة : بأن يكون الكفار مشاة ونخشى استرجاعهم الخيل وركوبها ، والتقوي علينا بها ، وهما في ذلك مخالفان لظاهر النص ، **والمعتمد** ما قررناه ، هٰذا معنىٰ كلامه .

٥٢٩١ـ قول « التنبيه » [ص ٣٢٤] : (**وتقتل الخنازير**) أي : وجوباً إن كانت تعدو على الناس ، وإلا . . فوجهان ، ظاهر نص الشافعي : أنه لا يجب ، بل يتخير فيه ، ذكره في البيع من « شرح المهذب »[3] ، أما الاقتناء . . فلا يجوز بحال .

٥٢٩٢ـ قوله : (**وتراق الخمور وتكسر الملاهي**)[4] قد يخرج ظروف الخمر ، والمنقول : أنها إن جاوزت قيمتها أو ساوت مؤنة حملها . . كسرت ، وإلا . . حُملت .

٥٢٩٣ـ قوله : (**ويتلف ما في أيديهم من التوراة والإنجيل**)[5] قد يشمل الإحراق ، **والصحيح** في « البحر » : المنع ؛ لما فيها من اسم الله تعالىٰ ، لكن هٰذا المعنىٰ موجود فيما نقش عليه القرآن ، وإحراقه جائز مع الكراهة .

فصل

[حكم أسرى الكفار]

٥٢٩٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢١] : (**نساء الكفار وصبيانهم إذا أسروا . . رقوا**) لا يخفىٰ أن المراد : النساء الكافرات ؛ ولهٰذا عبر « التنبيه » بقوله [ص ٢٣٣] : (**وإن أسر امرأة . . رقت**) و« الحاوي » بقوله [ص ٦٠٥] : (**رق غيرٌ**) أي : غير الأسير الكامل الذي سنذكره ، وعبارته أشمل ؛ لدخول المجنون فيها ، ولم يصرحوا بذكر الخنثىٰ ، وهو كالمرأة ، وقال أبو الفتوح : يجوز المن عليه مجاناً .

ثم محل ذلك في النساء : إذا لم يقاتلن ، فإن قتلت حربية مسلماً ثم ظفرنا بها . . جاز للإمام قتلها كما تقدم بيانه ، فلو قتلت ذمياً . . فقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : أمكن أن يقال بقتلها أيضاً ، ولكن الدلالة من السنة إنما وردت فيما إذا قتلت مسلماً ، وفي جواز سبي الراهبة وجهان بناء علىٰ قتل

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١١/٤٢٣) ، و« الروضة » (١٠/٢٥٨) .
(٢) الحاوي الكبير (١٤/١٩٠) ، المهذب (٢/٢٤٠) .
(٣) المجموع (٩/٢٢١) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٤) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٤) .

الراهب ، كذا في « أصل الروضة »[1] ، وقد عرفت أن **الأظهر** : قتله ، فيكون **الأرجح** : سببها .

٥٢٩٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢١] : (**وكذا العبيد**) و« الحاوي » [ص ٦٠٥] : (**ورق غيرٌ**) فيه أمور :

أحدها : ظاهره أن المراد : عبيدهم الكفار كما سبق في النساء ، وليس كذلك ، بل المراد هنا : عبيدهم ولو كانوا مرتدين أو مسلمين ؛ فإن عبد الحربي لو أسلم في دار الحرب ولم يخرج ولا قهر سيده . . لم يزل ملكه عنه ، وإذا سُبي . . يسترق ، ولا يجوز المن عليه .

ثانيها : أن العبد لا يتجدد له رق كالمرأة والصبي ، بل يستمر رقه ، وعبارتهما تُفهِم خلافه .

ثالثها: أن محل ذلك: إذا لم يقتل مسلماً، فإن قتل مسلماً ثم سُبي . . فلنا قتله كما تقدم في المرأة.

٥٢٩٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٣] : (**وإن أسر حراً**) أي : بالغاً عاقلاً ذكراً ؛ ولهـٰذا عبر « المنهاج » [ص ٥٢١] بـ (**الأحرار الكاملين**) وزاده « الحاوي » إيضاحاً ، فعبر [ص ٦٠٤] بـ (**الأسير الكامل**) وفسره بأنه الرجل الحر العاقل .

٥٢٩٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٣] : (**فللإمام أن يختار فيه ما يرى المصلحة فيه**) و« الحاوي » [ص ٦٠٤] : (**بالمصلحة**) المراد بها : الأحظ للمسلمين كما عبر به « المنهاج »[2] ، قال في « أصل الروضة » : وليس التخير بالتشهي ، بل يلزم الإمام أن يجتهد ، ويفعل من هـٰذه الأمور الأربعة ما هو الحظ للمسلمين[3] ، وحكىٰ شيخنا في « تصحيح المنهاج » عن نص الشافعي في « الأم » في ترجمة الغلول : أنه مستحب[4] ، ومال إليه شيخنا ، وقال : كيف يلزم هـٰذا وأبو عزة إنما نزله النبي صلى الله عليه وسلم لبناته ، وأخذ عليه عهداً ألاَّ يعود لقتاله ، وليس للمسلمين في ذلك حظ . انتهىٰ[5] .

ويقوم مقام الإمام في هـٰذا الاختيار أمير الجيش .

٥٢٩٨ـ قول « الحاوي » تبعاً لـ« المحرر » : (**والفداء بالرجال**)[6] كذا في « الروضة » وأصلها[7] ، ويرد عليه : أنه يجوز أن يفدي به امرأة أو صبياً ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٥٢١] : (**وفداء بأسرىٰ**) .

ويرد عليهم معاً : أنه لا بد من اعتبار الإسلام في ذلك ؛ ولهـٰذا قال في « التنبيه » [ص ٢٣٤] :

---

(١) الروضة (١٠/ ٢٤٤) .
(٢) المنهاج (ص ٥٢١) .
(٣) الروضة (١٠/ ٢٥١) .
(٤) الأم (٤/ ٢٦٠) .
(٥) انظر « الأم » (٤/ ٢٣٨) .
(٦) المحرر (ص ٤٤٩) ، الحاوي (ص ٦٠٤) .
(٧) فتح العزيز (١١/ ٤١٠) ، الروضة (١٠/ ٢٥١) .

(**أو بمن أسر من المسلمين**) وكذا نص عليه الشافعي والأصحاب .

٥٢٩٩ـ قول « الحاوي » [ص ٦٠٧] : (**وفي الكامل قبل الحكم**) أي : تجب القيمة أيضاً في قتل الأسير الكامل قبل حكم الإمام فيه بشيء ؛ لا يعرف هـٰذا في مذهب الشافعي ، وإنما حكاه الماوردي والعمراني عن الأوزاعي[١] ، والمعروف في المذهب أنه لا شيء عليه سوى التعزير ، نص عليه الشافعي وتابعه الأصحاب .

٥٣٠٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٤] : (**وإن أسلم في الأسر . . سقط قتله ، وبقي الخيار في الباقي في أحد القولين ، ويرق في الآخر**) **الأظهر** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[٢] ، وفيه أمور :

أحدها : أن محله : ما إذا لم يختر فيه الإمام قبل إسلامه المن أو الفداء ، فإن اختار ذلك ثم أسلم . . لم يتخير في الباقي ، بل يتعين ما اختاره .

ثانيها : شرط جواز الفداء في هـٰذه الصورة : أن يكون له عزٌّ أو عشيرة يسلم بها دينه ونفسه .

ثالثها : أنكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » القول بتعين الرق ، وقال : إنما أخذه من أثبته من نص « المختصر »[٣] ، وإن أسلموا بعد الإسار . . رقوا ، وإنما أراد به : أن اختيار الإمام ذلك ، ولا يمنع إسلامه الرق كما يمنع القتل ؛ بدليل قوله في « الأم » : (ولم يخرجه إسلامه من الرق إن رأى الإمام استرقاقه)[٤] .

٥٣٠١ـ قولهما ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وإسلام كافر قبل ظفر به يعصم دمه وماله وصغار ولده**)[٥] كذا مجانينهم ، وقد ذكره « الحاوي »[٦] وسكت عن عصمة دمه ؛ لوضوحه ، والأنثىٰ في ذلك كالذكر ، والجد والجدة كذلك في **الأصح** ، ولو كان الأقرب حياً ، والمراد : الأولاد الأحرار ، كما نبه عليه في « الكفاية » .

٥٣٠٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢١] و« الحاوي » [ص ٦٠٤] : (**لا زوجته**) خالفه « المنهاج » حيث قال بعده [ص ٥٢١] : (**وزوجته على المذهب**)[٧] أي : لا يجوز إرقاق زوجة مسلم ، وفي

---

(١) انظر « البيان » (١٢/ ١٥٣) ، و« الحاوي الكبير » (١٤/ ١٧٨) .
(٢) الحاوي (ص ٦٠٤) ، المنهاج (ص ٥٢١) .
(٣) مختصر المزني (ص ٢٧١) .
(٤) الأم (٤/ ٢٥٣) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٣) ، و« المنهاج » (ص ٥٢١) .
(٦) الحاوي (ص ٦٠٤) .
(٧) في حاشية (ج) : (**فائدة** : عبارة « المنهاج » مثل عبارة الحاوي ؛ فإنه قال : (**لا زوجته على المذهب**) ، وأما رجوع إحدى المسألتين إلى الأخرىٰ . . فليس الكلام فيه ، وإنما الكلام في أنها تخالف عبارة « الحاوي » وقد تبين لك أن لامخالفة) . انتهىٰ .

« أصل الروضة » : أن الخلاف في أن إسلام الحربي هل يعصم زوجته ؟ يجيء في استرقاق حربية نكحها مسلم وهي في دار الحرب[1] ؛ فالمسألتان عندهم واحدة ، وغاير بينهما « المنهاج »[2] ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : والمذكور هنا هو **المعتمد**[3] .

٥٣٠٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢١] : (**فإن استرقت . . انقطع نكاحه في الحال**) يقتضي أن في استرقاقها خيرة ، وليس كذلك ، بل ترق بمجرد الأسر ، فكان صواب العبارة أن يقول : فإن قلنا : (لا يعصمها عن الرق) ولهذا قال « الحاوي » [ص ٦٠٤] : (**فإن سُبيت . . انقطع نكاحه**) .

٥٣٠٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢١] : (**ويجوز إرقاق زوجة الذمي**) يقتضي أنه لا بد من إرقاقها ، وليس كذلك ، بل ترق بمجرد سبيها ، فصواب العبارة : (ويرق زوجة الذمي) .

٥٣٠٥ـ قوله : (**وكذا عتيقةُ في الأصح**)[4] كذا ينبغي أن يقول : على النص ؛ لأنه منصوص « الأم » كما حكاه شيخنا في « تصحيح المنهاج » .

٥٣٠٦ـ قوله : (**لا عتيق مسلم**)[5] أي : ولو كان حين أعتقه كافراً لكنه أسلم قبل الأسر ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وقل من تعرض لهذا الفرع .

٥٣٠٧ـ قوله ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » : (**وإذا سُبي الزوجان أو أحدهما . . انفسخ النكاح إن كانا حرين**)[6] فيه أمور :

أحدها : أن محله في سبي الزوج : ما إذا كان صغيراً أو مجنوناً أو اختار الإمام رقه ؛ ولهذا قال « التنبيه » [ص ٢٣٤] : (**وإن استرقه وكان له زوجة . . انفسخ نكاحها**) أما لو مَنّ الإمام على الكبير أو فادىٰ به . . استمرت الزوجية .

ثانيها : التقييد بكونهما حرين يقتضي عدم الانفساخ فيما إذا كان أحدهما حراً والآخر رقيقاً ، وليس كذلك ، فلو كانت حرة وهو رقيق وسبيت وحدها أو معه . . انفسخ أيضاً ؛ لأن إطلاق الإخبار محل السبايا يشمل مَنْ زوجها عبد .

---

(١) الروضة (١٠/ ٢٥٣) .

(٢) في حاشية (ج) : (تبعاً للمحرر ؛ حيث قال قبل سطرين : (**لا زوجته على المذهب**) ، وقال الزركشي : **الصواب** : أنهما علىٰ حد سواء ، والتحاق الثانية بالأولىٰ في عدم الاعتصام ، وقد نقله في البحر عن النص ، وجزم به جمهور العراقيين ، منهم الجرجاني) .

(٣) في حاشية (ج) : (**فائدة** : نقل شيخنا قاضي القضاة علم الدين البلقيني أبقاه الله تعالىٰ في « مختصر التدريب » عن « تصحيح المنهاج » لوالده خلاف ما نقله المصنف ، فقال : والمذهب المعتمد : أنه لا فرق بين زوجة من أسلم قبل الأسر ومن كان مسلماً وله زوجة من الحكم برقها لمجرد السبي خلافاً لما في « المنهاج » . انتهىٰ ولعله . . . أراد أن يقول : هناك ، فسقطت الكاف من الكتابة ، فرفعت المخالفة في النقل) .

(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥٢١) .

(٥) انظر « المنهاج » (ص ٥٢١) .

(٦) انظر « الحاوي » (ص ٦٠٤) ، و« المنهاج » (ص ٥٢١) .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وكلام الشافعي في « الأم » في الاستبراء دال علىٰ ذلك ، والحكم في عكسه كذلك إن كان الزوج غير مكلف أو مكلفاً وأرقّه الإمام ؛ لأن العلة في انفساخ النكاح زوال ملكه عن أملاكه ، فزوجته كذلك فلا يرد ذلك على « الحاوي » لأنه أطلق أولاً انفساخ النكاح بسبي الزوجين أو أحدهما ، ثم قال : (**لا الرقيقين**)[1] فدخل في كلامه أولاً : ما إذا كان أحدهما حراً والآخر رقيقاً .

ثالثها : نازع شيخنا في « تصحيح المنهاج » فيما إذا كانا رقيقين ، وقال : **الأصح** عندنا بمقتضىٰ إطلاق الإخبار ونصوص الشافعي : أن النكاح ينفسخ بسبيهما أو بسبي الزوجة ، فإن سبي الزوج وحده.. ففيه تردد ، **والأرجح** : أنه لا ينفسخ ، وتعليل الانفساخ في سبي الزوج الحر بزوال ملكه عن أملاكه ؛ فزوجته أولىٰ.. لا يأتي في العبد .

٥٣٠٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢١] : (**وإذا أُرِقَّ وعليه دين.. لم يسقط**) محله : ما إذا كان لمسلم ، وكذا الذمي كما أجاب به الإمام والغزالي[2] ، وذكر البغوي فيه وجهين ، فإن كان لحربي.. سقط **على الصحيح** ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٦٠٥] : (**لا لحربي**) .

٥٣٠٩ـ قولهما أيضاً : (**فيُقضَىٰ من ماله إن غنم بعد إرقاقه**)[3] أي : لا إن غنم قبله ، وكذا لو غنم معه كما **صححه** في « أصل الروضة »[4] ، وهو داخل في مفهومهما ، لكن **رجح** شيخنا في « تصحيح المنهاج » أنه يقضىٰ مما غنم مع رقه ، وأورد شيخنا أيضاً : ما إذا لم يغنم ماله أصلاً ، بل عتق وأخذه ، قال : فيقضىٰ منه الدين المذكور ، قال : ولم أر من تعرض لذلك ، وهو متعين .

قلتُ : هو واضح لا يحتاج لاستدراك ؛ لأنهم إنما تكلموا علىٰ ما إذا تزاحم أرباب الدين والغنيمة ، ولا مزاحمة هنا ، فإذا كان الدين.. لم يسقط وماله بيده كيف لا يُقضىٰ منه ؟!

٥٣١٠ـ قول « الحاوي » [ص ٦٠٥] : (**وسقط له عنه**) أي : سقط الدين للحربي عن الحربي فيما إذا استُرِق أحدهما ، حكاه في « الروضة » وأصلها عن « التهذيب »[5] ، ونازع فيه شيخنا في « تصحيح المنهاج » فيما إذا استرق صاحب الدين ؛ لأن سقوط دينه عن الحربي لمجرد زوال الملك منتقض بالمرتد لا يسقط دينه وإن قلنا بزوال ملكه ، قال : وهو الذي يقتضيه عموم لفظ « الوسيط » الذي نقله في « الروضة » وأصلها : فيما إذا استرق من له الدين.. من أنه لا تبرأ ذمة من عليه

---

(١) الحاوي (ص ٦٠٤ ، ٦٠٥) .

(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٧/٥٢٦) ، و« الوجيز » (٢/١٩١ ، ١٩٢) .

(٣) انظر « الحاوي » (ص ٦٠٥) ، و« المنهاج » (ص ٥٢١) .

(٤) الروضة (١٠/٢٥٥) .

(٥) فتح العزيز (١١/٤١٨) ، الروضة (١٠/٢٥٦) .

الدين ، بل هو كودائع الحربي المسبي[1] ، قالا : ولم ينص في « الوسيط » علىٰ حال من عليه الدين ، والإمام أجاب بذلك فيما إذا كان الذي عليه الدين مسلماً ، قالا : وقد يفهم من هـٰذه الجملة أنه إن كان دين المسترق علىٰ مسلم . . طولب به ، أو علىٰ حربي . . سقط[2] ، قال شيخنا : وهـٰذا مخالف لتصريح صاحب « التهذيب » ولعموم لفظ « الوسيط » وللدليل الذي قررناه ، قال : **والمعتمد** ما قررناه .

٥٣١١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢١] : (**ولو اقترض حربي من حربي أو اشترىٰ منه ثم أسلما أو قبلا جزية . . دام الحق**) قال الرافعي : لا يخفىٰ أنه فيما إذا كان القرض أو الثمن مالاً ، بخلاف ما إذا كان خمراً أو خنزيراً[3] ، وذكره « الحاوي » فقال [ص ٦٠٥] : (**لا خمر**) ومفهومهما : أنه لو أسلم أحدهما أو قبل جزية . . لا يدوم الحق ، وليس كذلك فيما إذا أسلم صاحب الدين قطعاً ، وفيما إذا أسلم المديون على **الأظهر** .

٥٣١٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢١] : (**ولو أتلف عليه فأسلما . . فلا ضمان في الأصح**) هو مفهوم قول « الحاوي » [ص ٦٠٥] : (**دينُ عقدهما**) وفيه أمور :

أحدها : أن محل الخلاف : فيما إذا كان اعتقادهم ضمان ذلك المتلف ، وإلا . . فلا ضمان قطعاً ، ذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : هـٰذا يخرج من توجيه مقابل الأصح بأنه لازم عندهم ، فكأنهم ترضوا عليه .

ثانيها : لا يختص ذلك بما إذا أسلما ، بل لو أسلم المتلف . . جرى الخلاف كما في « أصل الروضة »[4] ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وإذا ثبت الخلاف مع إسلام المتلف . . فمع إسلام المتلف عليه أولىٰ ، وقد أطلق ذلك في « الوجيز »[5] ، قال شيخنا : وإن لم يسلم واحد منهما . . فلم يتعرض لها أحد من الأصحاب ، والذي عندنا : أنه إن تحاكموا إلينا بعد الأمان . . جاء الخلاف ، وإن لم يتحاكموا إلينا . . فلا نتعرض لهم بإلزام ولا بغيره .

ثالثها : أن تعبيره **بالأصح** يقتضي قوة الخلاف ، وليس كذلك ؛ فقد قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه ضعيف جداً ، بل لا يثبت نقله وجهاً ، وبسط ذلك .

٥٣١٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٢] : (**والمال المأخوذ من أهل الحرب قهراً غنيمةٌ**) تقدم الكلام عليه في (قسم الفيء والغنيمة) .

---

(١) الوسيط (٧/ ٢٩) .
(٢) فتح العزيز (١١/ ٤١٨) ، الروضة (١٠/ ٢٥٦) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٥٢٦) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٤١٩) .
(٤) الروضة (١٠/ ٢٥٧) .
(٥) الوجيز (٢/ ١٩٢) .

٥٣١٤ـ قوله : (**وكذا ما أخذه واحدٌ أو جمعٌ من دار الحرب سرقةً على الأصح**)[١] يقتضي أن الخلاف وجهان ، وليس كذلك ؛ **فالأصح** نص عليه في « الأم » ، واقتضىٰ كلامه أن مقابله أنه فيءٌ ، والذي في « الروضة » وأصلها أن مقابله أنه للآخذ[٢] ، وعبارة « المنهاج » محتملة لهما ، وقد يقال : قرينة قرنه باللقطة يقتضي أنه للآخذ ، وعلىٰ هـٰذا الوجه : لو كان المسروق حراً بالغاً عاقلاً . . فهل ينفرد به الآخذ ويرق بالأخذ أو يتخير الإمام فيه ؟ قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لم أر من تعرض له .

٥٣١٥ـ قوله : (**أو وُجد كهيئة اللقطة على الأصح**)[٣] فيه أمران :

أحدهما : أطلق محل الخلاف ، وهو مقيد بقيدين :

أحدهما : ألاَّ يكون مأخوذاً بالقهر والغلبة ، فإن كان كذلك . . فهو غنيمة قطعاً .

الثاني : ألاَّ يكون مأخوذاً بقوة الجند ، فإن أخذ بقوتهم . . لم يجيء فيه وجه باختصاصه بالآخذ ، بل يكون فيئاً ، صرح به الإمام والغزالي[٤] .

ثانيهما : **تصحيح** أنه غنيمة ، قال في « أصل الروضة » : إنه **الصحيح المنصوص الذي قطع به الجمهور**[٥] ، وليس كذلك ، فلم ينص الشافعي علىٰ أنه غنيمة ، وإنما نص علىٰ أنه لا يكون لمن أخذه، وذلك محتمل للغنيمة والفيء ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **والأرجح** : أنه فيء .

٥٣١٦ـ قوله : (**فإن أمكن كونه لمسلم . . وجب تعريفه**)[٦] فيه أمران :

أحدهما : أن مقتضاه : أنه بعد التعريف يمتلكه الآخذ كقاعدة اللقطة ، وليس كذلك ، بل الجمهور علىٰ أنه غنيمة ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : الذي أقوله : أنه إن كان الانجلاء عنه بالإيجاف . . فغنيمة قطعاً ، أو بالإرهاب والإرعاب . . ففيء قطعاً ، فإن انتفى الأمران . . كان فيئاً **على الأرجح** .

ثانيهما : مقتضاه : وجوب تعريفه سنة ، إلا أن يكون حقيراً كما في اللقطة ، وهو ما في « أصل الروضة» عن « المهذب » و« التهذيب » ، وعن الشيخ أبي حامد : يعرفه يوماً أو يومين ، وعن الإمام : يكفي بلوغ الأخبار إلى الأجناد إذا لم يكن هناك مسلم سواهم ، ولا ينظر إلى احتمال مرور التجار[٧] ،

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٢٢) .
(٢) فتح العزيز (١١/ ٤٢٥) ، الروضة (١٠/ ٢٦٠) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٢٢) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٤٤٥) ، و« الوجيز » (٢/ ١٩٢) .
(٥) الروضة (١٠/ ٢٦٠) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٥٢٢) .
(٧) الروضة (١٠/ ٢٦١)، وانظر « المهذب » (٢/ ٢٤١)، و« نهاية المطلب » (١٧/ ٤٤١) ، و« التهذيب » (٥/ ١٧٩) .

وحكاه شيخنا في « تصحيح المنهاج » عن نص « الأم » في « سير الواقدي » أنه قال : (يُعَرَّف ، فإن عرفه المسلمون . . فهو لهم ، وإن لم يعرفوه . . فهو مغنم)[1] ، قال شيخنا : **فهـٰذا هو المعتمد** ، وهو خارج عن قاعدة اللقطة ، فتستثنىٰ هـٰذه الصورة من إطلاق التعريف سنة في غير الحقير .

٥٣١٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٤] : (**ويجوز أكل ما أصيب في الدار من الطعام**) قيده « المنهاج » بأن يعتاد أكله عموماً[2] و« الحاوي » بما يؤكل عادة[3] ؛ للاحتراز عن الفانيذ والسكر والأدوية التي يندر الحاجة إليها ؛ فإنه إن احتاج إليها مريض ممن شهد الوقعة . . أخذ ما يحتاج إليه بالقيمة ، قال الرافعي : وينبغي أن يراجع أمير الجيش فيه[4] ، ولم يفصح « التنبيه » عن الذي يجوز له ذلك ، وقال في « المنهاج » [ص ٥٢٢] : (**وللغانمين**) و« الحاوي » [ص ٦٠٧] : (**ويتبسط شاهد الوقعة**) وظاهره تناول من له سهم ومن له رضخ ، وهو ظاهر إطلاق الشافعي والأصحاب ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لكن مقتضىٰ نص الشافعي : أن الذمي ليس له ذلك ؛ حيث قيده بالمسلمين ، وهو اللائق بالقواعد .

٥٣١٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٢] : (**وذبح مأكولٍ لِلَحْمِهِ**) أي : فيجب رد جلده إلى المغنم إلا ما يؤكل معه ، ولا يتخذ منه سِقاءً ولا شِرَاكاً ، وهو مثل قول « التنبيه » [ص ٢٣٤] : (**وذبح ما يؤكل للأكل**) ولذلك قال « الحاوي » [ص ٦٠٨] : (**ورد الجلد**) .

ونازع شيخنا في « تصحيح المنهاج » في إطلاق ذبح المأكول ، وقال : **المعتمد** منعه مع تيسر السوق ، إلا عند الاضطرار كما هو مقتضى السنة الصحيحة الثابتة في « صحيح البخاري » وغيره عن رافع بن خديج قال : (كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بذي الحليفة ، فأصاب الناسَ جوعٌ ، فأصبنا إبلاً وغنماً ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم في أخريات الناس ، فعجلوا فذبحوا ونصبوا القدور ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقدور فأكفئت ، ثم قسم فعدل عشراً من الغنم ببعير)[5] ، قال : ونقله الشيخ أبو حامد عن نص الشافعي في « سير الواقدي » ، وجرىٰ عليه الشيخ أبو حامد ، قال شيخنا : وقول « المنهاج » عطفاً علىٰ ما عبر فيه بالصحيح [ص ٥٢٢] : (**وأنه لا تجب قيمة المذبوح**) يقتضي أنه لا خلاف في جواز الذبح ، وإنما الخلاف في وجوب قيمة المذبوح ، وهـٰذا ضعيف .

٥٣١٩ـ قول « المنهاج » عطفاً علىٰ ما عبر فيه بالصحيح [ص ٥٢٢] : (**وأنه لا يختص الجواز**

---

(١) الأم (٤/٢٦٤) .

(٢) المنهاج (ص ٥٢٢) .

(٣) الحاوي (ص ٦٠٧) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (١١/٤٢٨) .

(٥) صحيح البخاري (٢٣٥٦) ، (٢٩١٠) ، (٥١٧٩) .

بمحتاجٍ إلىٰ طعام وعلف) عبر عنه في « الروضة » **بالأصح**[1] ، وحكاه شيخنا في « تصحيح المنهاج » عن نص الشافعي في « الأم » .

واعلم : أن الاحتياج لذلك لا بد منه ، والخلاف إنما هو في أنه هل يجوز ذلك مع إمكان الاستغناء عنه بغيره ؟ فعبارته ليست وافية بذلك .

٥٣٢٠ـ قوله : **(وأنه لا يجوز ذلك لمن لحق الجيش بعد الحرب والحيازة)**[2] يقتضي جوازه لمن لحق بعد الحرب قبل الحيازة ، وكذا تقتضيه عبارة « الروضة »[3] ، لكن تخصيص « الحاوي » ذلك بشاهد الوقعة يقتضي خلافه[4] ، ويوافقه أن **الأصح** : عدم استحقاقه في هٰذه الصورة من الغنيمة ، فيحتاج علىٰ طريقة « المنهاج » إلى الفرق بين التبسط والغنيمة .

٥٣٢١ـ قول « الحاوي » [ص ٦٠٧] : **(وملك مجاناً)** أي : وملك شاهد الوقعة ما يتبسط فيه مما يجوز التبسط فيه مجاناً ، كذا أوضحه البارزي وغيره تبعاً لـ« التعليقة » ، وهو خلاف المنقول ؛ فإن الذي في الرافعي وغيره في عدة مواضع أنه يباح له الأخذ ولا يملكه[5] ، إلا أن يريد : أنه بعد الأخذ يصير ملكاً له كما في الضيف على اختلاف فيه ، ولم ير من تعرض لذلك ، والله أعلم .

٥٣٢٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٤ ، ٢٣٥] : **(وإن خرجوا إلىٰ دار الإسلام ومعهم شيء من الطعام . . ففيه قولان ، أحدهما : يجب رده إلى المغنم ، والثاني : لا يجب) الأظهر** : الأول ، وعليه مشى « الحاوي » ، و« المنهاج »[6] ، لكن عبارته تقتضي أن الخلاف وجهان ، وليس كذلك ، وإنما هو قولان كما في « التنبيه » ، وكذا هو في « الروضة » وأصلها[7] .

٥٣٢٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٢] : **(وموضع التبسط دارهم ، وكذا ما لم يصل عمران الإسلام في الأصح)** و« الحاوي » [ص ٦٠٧] : **(قبل الرجوع إلىٰ عمران الإسلام)** فيه أمور :

أحدها : أن محله : ما إذا كان الجهاد في دارهم ، فإن كان في دار الإسلام . . جاز التبسط كما ذكره القاضي حسين ، وارتضاه شيخنا في « تصحيح المنهاج » .

ثانيها : يستثنىٰ منه ما إذا لم يصل عمران الإسلام ولكن وصل لبلد كفار أهل هُدنة لا يمتنعون من متابعة من يطرقهم من المسلمين . . فقال الإمام : الظاهر وجوب الكف عن أطعمة المغنم في

---

(١) الروضة (١٠/٢٦٣) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٢٢) .
(٣) الروضة (١٠/٢٦٣ ، ٢٦٤) .
(٤) الحاوي (ص ٦٠٧) .
(٥) فتح العزيز (١١/٤٣٠) .
(٦) الحاوي (ص ٦٠٧) ، المنهاج (ص ٥٢٢) .
(٧) فتح العزيز (١١/٤٣٠ ، ٤٣١) ، الروضة (١٠/٢٦٤) .

دارهم ؛ لكونها في قبضة الإمام ، حكاه عنه في « أصل الروضة » من غير اعتراض[1] .

ثالثها : يستثنىٰ من عمران الإسلام العمران الذي ليس فيه ما يحتاجون إليه من الطعام والعلف ؛ فإنه لا أثر له في منع التبسط **على الأصح** ؛ لبقاء المعنىٰ .

٥٣٢٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٢] : (**ولغانم رشيد ولو محجور عليه بفلس الإعراض عن الغنيمة قبل قسمة**) فيه أمور :

أحدها : أن اعتبار الرشد ليس في « المحرر » ، وليس في كلام الشافعي ، وقد اعتبره « الحاوي » أيضاً تبعاً لقول الإمام : في صحة إعراض السفيه تردد[2] ؛ ولعل الظاهر المنع ، فلو فك حجره قبل القسمة . . صح إعراضه ، وقد حكاه عنه في « الروضة » وأصلها ، وأقره[3] ، وإنما فرعه الإمام علىٰ أنه يملك لمجرد الاغتنام ؛ فإنه قال بعد كلامه المتقدم : وإن قلنا : لا ملك للغانم . . فقد ينقدح عليه تردد ؛ بأن حقه من المغنم هل يسقط بالإعراض[4] ؟ وصرح به في « البسيط » فقال : والسفيه يلزم حقه علىٰ قولنا : يملك ، ولا يسقط بالإعراض إلا علىٰ قولنا : إنه لا يملك . انتهىٰ .

وسيأتي أن **الأصح** : أنه لا يملك إلا بالقسمة ؛ فيكون **الأصح** : صحة إعراضه ؛ ولذلك لا يجب ، قال ـ فيما إذا عفا السفيه عن القصاص وأطلق ، وفرعنا علىٰ أن الواجب القود عيناً مع أنه كان يمكنه جلب المال بالعفو عنه ـ : وقد سوّوا بينه وبين المحجور عليه بالفلس هناك ، فينبغي التسوية بينهما هنا ؛ ولذلك قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إن **المعتمد في المذهب** : صحة إعراض السفيه قبل القسمة وقبل اختيار التملك ؛ لأنه لم يملك شيئاً ، وإنما ثبت له حق التملك ونحن لا نلزمه بذلك ، وكذا قال في « المهمات » : **الراجح** : الجواز .

ثانيها : يستثنىٰ منه : العبد ؛ فلا يصح إعراضه ، وإنما المعتبر إعراض مالكه ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٦٠٨] : (**والمعرض المكلف الرشيد الحر أو السيد**) ولو حذف التكليف . . لاستغني عنه بالرشد ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : يصح إعراض المكاتب ، ولا يتخرج على الخلاف في تبرعاته ، إلا عند من اعتبر رشد المعرض ، ولو أوصىٰ بإعتاق عبده وهو يخرج من الثلث فاستحق الرضخ . . يصح إعراضه عنه ، بناء على النص أن كسبه قبل إعتاقه يكون له إذا أعتق ، والمبعض إن كان بينه وبين سيده مهايأة ، فالاعتبار بمن وقع الاستحقاق في نوبته بناء علىٰ **الأصح** ،

---

(١) الروضة (١٠/ ٢٦٤) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٤٤٢) .

(٢) الحاوي (ص ٦٠٨) .

(٣) فتح العزيز (١١/ ٤٣٥) ، الروضة (١٠/ ٢٦٧) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٥١٧) .

(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٥١٧) .

وهو دخول الناذر في المهايأة ، وإلا . . فيصح إعراضه عن المختص به دون المختص بالمالك ، قال شيخنا : ولم أر في كلامهم التعرض لشيء من ذلك .

ثالثها : كان ينبغي أن يقول : (قبل قسمة واختيار بملك) كما عبر به « الحاوي »[1] .

رابعها : لا يجوز جر قوله : (**ولو محجور**) علىٰ أنه صفة لغانم ، بل هو منصوب بـ (كان) المحذوفة بعد لو ، ورفعه علىٰ أنه خبر مبتدأ محذوف بعيد .

قول « المنهاج » [ص ٥٢٢] : (**والأصح : جوازه بعد فرز الخمس**) يقتضي أن الخلاف وجهان ، وليس كذلك ؛ **فالمصحح منصوص** ، ومقابله خرّجه ابن سريج عليه كما في « الروضة » وأصلها[2] .

٥٣٢٥ـ قوله : (**وجوازه لجميعهم**)[3] وهو ظاهر إطلاق « الحاوي »[4] ، نازع فيه شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : **الصحيح عندنا** : أنهم إن أعرضوا عنه دفعة واحدة . . لم يصح ، وإن أعرضوا على الترتيب . . صح الإعراض ، إلىٰ أن يبقىٰ واحد ، فتستقر الأخماس الأربعة عليه ، وليس له أن يعرض عنها ، وفي « النهاية » : أن الخلاف في إعراض السالب كالخلاف في إعراض جميع الغانمين[5] ، وسيأتي **تصحيح** أنه لا يصح إعراض السالب .

٥٣٢٦ـ قول « الحاوي » [ص ٦٠٨] : (**لا كل ذوي القربىٰ**) يقتضي صحة إعراض بعضهم ، وهو مقتضىٰ تعبير « الوجيز » بلفظ الجميع[6] ، وبه صرح البارزي تبعاً لـ« التعليقة » ، وليس كذلك ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه ليس بمعتمد ، ولا فرق بين إعراض جميعهم وبعضهم ؛ لأنهم يستحقونه بلا عمل ؛ فأشبه الإرث ، وقول « المنهاج » [ص ٥٢٢] : (**وبطلانه من ذوي القربىٰ**) يحتمل أن يريد : من كلهم ؛ فيكون كـ« الحاوي » ، وأن يريد : الجنس ؛ فيتناول صدوره من بعضهم .

٥٣٢٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٢] : (**والمعرض كمن لم يحضر**) و« الحاوي » [ص ٦٠٨] : (**فُرض عدماً**) يقتضي أن حصته لبقية الغانمين ، لكن قال في « أصل الروضة » بعد تعبيره بمثل ذلك : وضم نصيبه إلى المغنم[7] ، وذلك يقتضي أن خمسه لأهل الخمس ، وأربعة أخماسه لبقية

---

(١) الحاوي (ص ٦٠٨) .
(٢) فتح العزيز (١١/ ٤٣٤) ، الروضة (١٠/ ٢٦٦) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٢٢) .
(٤) الحاوي (ص ٦٠٨) .
(٥) نهاية المطلب (١٧/ ٥١٠ ، ٥١١) .
(٦) الوجيز (٢/ ١٩٣) .
(٧) الروضة (١٠/ ٢٦٧) .

الغانمين ، وهو موافق لقول الرافعي : المراد بالباقين : باقي المستحقين ، لا باقي الغانمين[١] ، وصار آخر كلام « الروضة » ـ وهو قوله : وضم نصيبه إلى المغنم ـ مخالفاً لأوله ، وهو قوله : قدر وكأنه لم يحضر ، والذي في « المنهاج » **هو المعتمد** ، وحكاه شيخنا في « تصحيح المنهاج » عن « النهاية »[٢] ، لكنه عبر بعد ذلك بعبارة أوقعت الرافعي في عبارته المتقدمة ، وليست مأخوذة علىٰ ظاهرها .

٥٣٢٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٥] : (**ومتىٰ يملك ذلك ؟ فيه قولان ، أحدهما : أنه بانقضاء الحرب ، والثاني : بانقضاء الحرب وحيازة المال**) قال في « المنهاج » [ص ٥٢٢] : (**ولا تملك إلا بقسمة ، ولهم التملك**) وأوضحه في « الروضة » بقوله : لكن لهم أن يتملكوا بين الحيازة والقسمة[٣] ، وذلك يقتضي حصول الملك بأحد الأمرين ؛ ولذلك عبر في « تصحيح التنبيه » بأن **الأصح** : أنها لا تملك إلا بالقسمة أو اختيار التملك[٤] ، وعبارة « الحاوي » [ص ٦٠٨] : (**ولا ملك**) أي : قبل القسمة ، وعبارة « المحرر » و« الشرح » : ولكن يملكون إن تملكوا[٥] ، ومعناها : أنه يثبت لهم حق التملك ، فحولها في « الروضة » إلىٰ ما حكيته .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وليس هـٰذا مراد صاحب هـٰذا الوجه ؛ فإنه يقول : لا ملك إلا بالقسمة ، وفرق بين ثبوت حق التملك وبين أن لهم أن يتملكوا ، وتعبير « المنهاج » يحتمل أن يوافق ما في « الروضة » ، فلا يستقيم وأن يريد به : أن لهم حق التملك . . فهو صحيح ، ثم قال في « أصل الروضة » : واعلم أن في كلام الأصحاب تصريحاً بأن الغانمين وإن لم يملكوا الغنيمة ؛ فمن قال منهم : اخترت ملك نصيبي . . ملكه ؛ فإذاً الاعتبار باختيار التملك لا بالقسمة ، وإنما تعتبر القسمة ؛ لتضمنها اختيار التملك ، ثم ذكر بعد ذلك : أن للإمام أن يقسم الغنيمة قسمة تحكم ، فيخص بعضهم ببعض الأنواع وببعض الأعيان ، وحينئذ . . فقولنا : يملك بالقسمة معناه : في غالب الأمر ، وهو إذا رضي الغانم بالقسمة أو قبل ما عينه له الإمام ، فأما إذا رد . . فينبغي أن يصح رده ، وذكر فيه البغوي خلافاً ، فقال : إذا أفرز الإمام الخمس وأفرز نصيب كل واحد منهم ، أو أفرز لكل طائفة شيئاً معلوماً . . فلا يملكونه قبل اختيار التملك **على الأصح** ، حتىٰ لو ترك بعضهم حقه . . صُرف إلى الباقين[٦] .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٤٣٥) .

(٢) نهاية المطلب (١٧/ ٥٠٩) .

(٣) الروضة (١٠/ ٢٦٧) .

(٤) تصحيح التنبيه (٢/ ٢٠٧) .

(٥) المحرر (ص ٤٥١) ، فتح العزيز (١١/ ٤٣٦) .

(٦) الروضة (١٠/ ٢٦٨) .

قال في « المهمات » : نص الشافعي وجماعة على أنهم يملكون أيضاً بإفراز الإمام مع قبضه لهم ، وكذا بدون القبض مع حضورهم ، وحكاه عنهم في (الزكاة) من « الكفاية » .

٥٣٢٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٢] : (**وقيل : يملكون**) أي : قبل القسمة وبعد الحيازة .

٥٣٣٠ـ قوله : (**وقيل : إن سلمت إلى القسمة . . بان ملكهم ، وإلا . . فلا**)[١] قد يفهم أن كلاً منهم يملك حصته على التعيين ، وهو ضعيف كما في « أصل الروضة » بعد حكايته عن الإمام : أنهم إذا اقتسموا . . بان أنهم ملكوا الغنيمة ملكاً مشاعاً ، ثم بالقسمة تميزت الحصص[٢] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : والتحقيق عندنا : أنهم إذا اقتسموا باختيارهم . . بان أنهم ملكوا الغنيمة ملكاً مبهماً ، ثم بالقسمة ينزل الملك على ذلك المعين .

٥٣٣١ـ قوله : (**ويملك العقار بالاستيلاء كالمنقول**)[٣] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه ليس بمعتمد ؛ ففي ملكهم العقار الأوجه السابقة ، وقوله : (**كالمنقول**) كلام متهافت ؛ لأن المنقول لا يملك بالاستيلاء ، بل فيه الأوجه ، وهي جارية في العقار ؛ ولو قال : (ويملك العقار بما يملك به المنقول) . . لكان وافياً بالمقصود .

٥٣٣٢ـ قول « الحاوي » [ص ٦٠٩] : (**ولاَ حَدَّ إن وطىء** ـ أي : بعض الغانمين ـ **ويجب كل المهر**) محل إيجاب كل المهر : إذا لم ينحصر الغانمون ولم يفرز الخمس ، فإن انحصروا . . سقطت حصة الواطىء ، وغرم حصة الخمس وحصة غيره من الغانمين ، وإن أفرز الإمام الخمس وعين لكل طائفة شيئاً وكانت الجارية معينة لجماعة مخصوصين فوطئها أحدهم قبل اختيارهم تملكها . . غرم حصة غيره من الغانمين لا الخمس ، وإن كان بعد اختيارهم التملك . . فهو كوطء الجارية المشتركة ، فيغرم قسط شركائه .

٥٣٣٣ـ قوله : (**والولد حر نسيب**)[٤] هو ما صححه الرافعي في « الشرح الصغير » ، واقتضاه كلامه في « الكبير »[٥] ، وقيل : إن كان معسراً . . فالحر منه قدر حصته ، والباقي رقيق ، وهو موافق لما ذكره « الحاوي » في النكاح في وطء الأب جارية الابن[٦] .

٥٣٣٤ـ قوله : (**ونفذ إيلاد نصيبه**)[٧] **المذهب** في « أصل الروضة » : أنه لا ينفذ موسراً كان أو

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٢٢) .
(٢) الروضة (١٠/٢٦٧) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/٥٠٨) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٢٢) .
(٤) انظر « الحاوي » (ص ٦٠٩) .
(٥) فتح العزيز (١١/٤٤٢) .
(٦) الحاوي (ص ٤٧٣) .
(٧) انظر « الحاوي » (ص ٦٠٩) .

معسراً ، لكن لو ملكها بسهمه أو بسبب آخر . . **فالأظهر** : نفوذه[1] ، وفي « المهمات » : أنه انعكس ذلك علىٰ صاحب « الروضة » ، والذي في الرافعي **ترجيح** نفوذه[2] ، وبتقدير عدم النفوذ في الحال . . فهل يثبت إذا ملكها بعد ذلك ؟ لا ترجيح فيها في الرافعي هنا ، **والصحيح** في نظائره : عدم النفوذ ، فوهم في « الروضة » في الموضعين .

٥٣٣٥ـ قوله في آخر (قسم الغنيمة) : (**والكلاب قُسِمت عدداً ، وإن لم يمكن . . أُقرع**)[3] المراد : الكلاب المنتفع بها ، ومحل قسمتها : عند المشاحة ، فلو أرادها بعضهم ولم ينازع . . أعطيها ، وقد صرح بذلك « المنهاج » فقال [ص ٥٢٢] : (**ولو كان فيها كلبٌ أو كلابٌ تنفع وأراده بعضهم ولم يُنازع . . أعطيه ، وإلا . . قسمت إن أمكن ، وإلا . . أقرع**) ولم يبين كيفية قسمتها ، وصرح « الحاوي » بأنه بالعدد ، وهو **المنقول** ، قال الرافعي : وقد مر في (الوصية) أنه يعتبر قيمتها عند من يرىٰ لها قيمة وينظر إلىٰ منافعها ، فيمكن أن يقال بمثله هنا[4] .

والمراد : أرادها بعض الغانمين أو أهل الخمس كما هو مصرح به في « المحرر » و« الروضة » وأصلها[5] ، ولكن نص الشافعي علىٰ خلافه ، فقال في « الأم » في « سير الواقدي » : (وما أصيب من الكلاب . . فهو مغنم إن أراده أحد لصيد أو ماشية أو زرع ، وإن لم يكن من الجيش من يريده لذلك . . لم يكن لهم حبسه ؛ لأن من اقتناه لغير هـٰذا . . كان آثماً ، وإنما رأيت لصاحب الجيش أن يخرجه ويعطيه أهل الأخماس من الفقراء والمساكين ومن ذُكر معهم إن أراده أحد منهم لزرع أو ماشية أو صيد ، فإن لم يرده . . قتله أو خلاه)[6] حكاه شيخنا في « تصحيح المنهاج » وقال : **الأرجح** : ما أطلقه الشافعي وقدماء العراقيين من تفويض ذلك إلىٰ رأي الإمام ؛ يخص به من شاء من الغانمين لما يظهر له ، فإن لم يُرِدْه أحد من الغانمين . . أعطاه لبعض أهل الخمس ، فإن لم يُرِدْه أحد منهم . . خلاه أو قتله ، وليس لأهل الغنيمة في ذلك نزاع ، والأمر مفوض إلىٰ رأي الإمام .

٥٣٣٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٠ ، ٢٤١] : (**أرض السواد : ما بين حديثة الموصل إلىٰ عبَّادان طولاً ، وما بين القادسية إلىٰ حلوان عرضاً**) قال الرافعي : كذا أطلقه مطلقون ، وفيه تساهل ؛ لأن أرض البصرة كانت سبخة أحياها عثمان بن أبي العاص وعتبة بن غزوان بعد فتح العراق ، وهي

---

(١) الروضة (١٠/ ٢٧٠) .
(٢) فتح العزيز (١١/ ٤٤٠ ، ٤٤١) .
(٣) انظر « الحاوي » (ص ٤٤٥) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٤٢٤) .
(٥) المحرر (ص ٤٥٠) ، فتح العزيز (١١/ ٤٢٤) ، الروضة (١٠/ ٢٥٩) .
(٦) الأم (٤/ ٢٦٤) .

داخلة في هٰذا الحد ، فلا بد من استثنائها[1] ، وقد استثناها البغوي وغيره[2] ، وفي إطلاقه تساهل أيضاً ، والثابت وعبر عنه في « الروضة » بالصحيح : ما أورده صاحب « المهذب » وغيره : أن البصرة ليس لها حكم السواد إلا في موضع من شرقي دجلتها يسمى الفرات ، وموضع من غربي دجلتها يسمىٰ نهر الصراة[3] ، ولم يذكر ذلك في « المحرر » فاستدركه عليه « المنهاج » فقال [ص ٥٢٣] : (**الصحيح : أن البصرة وإن كانت داخلة في حد السواد . . فليس لها حكمه إلا في موضع غربي دجلتها وموضع شرقيها**) وعبر في « الروضة » بعذيب القادسية[4] ، وكذا عبر به الماوردي والروياني[5] ، وهو مخالف لتعبير « التنبيه » و« المنهاج » وغيرهما بالقادسية ، وفي « الشامل » : أنه في العرض من منقطع الجبال بحلوان إلىٰ طرف القادسية المتصل بالعذيب من أرض العرب ، ومن تخوم الموصل إلىٰ ساحل البحر ببلاد عبَّادان من شرقي دجلة .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ومن قيد . . فكلامه مقدم علىٰ من أطلق ؛ لزيادة العلم ، قال : وأغرب أبو الفرج الزاز فقال : حده من القادسية إلىٰ حلوان طولاً ، ومن تكريت إلىٰ أهواز عرضاً ، وفي « الاستذكار » للدارمي : من القادسية إلىٰ عقبة حلوان ، ومن الموصل إلى الخشبات ، وليست الأهواز منها ، وفي « الشامل » لابن الصباغ إدخال شرقي دجلة في حد السواد دون غربيها الذي يلي البصرة ، وتعبير « المنهاج » بسواد العراق يريد به : سواد كسرىٰ ، ولكنه اشتهر بسواد العراق ، وسواد كسرىٰ أزيد منه ، والعراق أقصر من السواد بخمسه ، والسواد أطول من العراق بربعه ؛ لأن جملة سواد العراق بالتكسير عشرة آلاف فرسخ ، وسواد كسرى اثنا عشر ألف فرسخ وخمس مئة فرسخ ، فزاد سواد كسرىٰ بخمس نفسه ، ونقص سواد العراق ربع نفسه ، ذكره الماوردي[6] .

٥٣٣٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٢ ، ٥٢٣] : (**والصحيح : أن سواد العراق فُتح عنوة وقُسِّم ثم بذلوه وَوُقِفَ على المسلمين**) يقتضي أنه وجه ، وليس كذلك ، بل هو نص الشافعي ؛ ولهٰذا قال « التنبيه » [ص ٢٤١] : (**وهي وقف على المسلمين على المنصوص**) وظاهر قول « المنهاج » : (**وقسم ثم بذلوه**) دخول أهل الخمس في ذلك ، وفي قول « المحرر » : (بين الغانمين)[7] إخراج

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١١/٤٥٣) .
(٢) انظر « التهذيب » (٧/٤٨٩) .
(٣) المهذب (٢/٢٦٤) ، الروضة (١٠/٢٧٦) .
(٤) الروضة (١٠/٢٧٦) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (٦/٧٧) ، (١٤/٢٥٦) .
(٦) انظر « الحاوي الكبير » (١٤/٢٥٦ ، ٢٥٧) .
(٧) المحرر (ص ٤٥١) .

أهل الخمس ، وفيهما إشكال ، أما الأول ؛ فلأن في مستحقي الخمس من لا يمكن البذل منه ، وأما الثاني : فكيف يمنع أهل الخمس منه بغير طريق شرعي ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وعندي أن عمر رضي الله عنه استنزل الغانمين عن الأخماس الأربعة وفعل في أربعة أخماس الخمس ، وهي ما عدا سهم المصالح طريقة شرعية أخرجتهم عن حقهم في الأرض ، ثم صيّر الكل لمصالح المسلمين ، ولم يحتج أن يخرج الخمس عن المصالح بطريق شرعي ثم يعيده إليها ، لكن لما صدر منه الوقف . . احتمل أن يكون علىٰ أربعة وعشرين خمساً ، واحتمل أن يكون على الكل ، وهو الظاهر ، فإن كان سهم المصالح لا يصير وقفاً إلا بالإيقاف . . فقد فعله ، وإلا . . فإطلاق وقف الكل فيه اختيار في سهم المصالح وإنشاء فيما عداه ، قال : ولم أر من حرر ذلك علىٰ هـٰذا الوجه .

٥٣٣٨ـ قول « الحاوي » [ص ٦٠٩] : (**أوجر مؤبداً للحاجة**) أحسن من قول « المحرر » : (أوجرت من ساكنيها)[1] و« التنبيه » [ص ٢٤١] : (**وما يؤخذ منها باسم الخراج أجرة**) و« المنهاج » : (**وخراجه أجرة تؤدَّىٰ كل سنة**) لإفصاحه بالمقصود ؛ لصدق الأجرة علىٰ أجرة المثل ، والمنقول : أنها مسماة ، ولكن استشكله شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : **المعتمد عندنا في ذلك** : أنه لم يصح عن عمر رضي الله عنه أنه أوقع [إجارة][2] علىٰ ما ذكروه ولا بيعاً ، وإنما أقرها في أيدي أهلها بالخراج المضروب وهو أجرة ، وليس ذلك بإجارة لازمة على التأبيد .

٥٣٣٩ـ قول « المنهاج » عطفاً علىٰ ما عبر فيه بالصحيح [ص ٥٢٣] : (**وأن ما في السواد من الدور والمساكن يجوز بيعه**) وهو مفهوم قول « التنبيه » [ص ٢٤٠] : (**أرض السواد**) و« الحاوي » [ص ٦٠٩] : (**أرض العراق**) وإن أورده النووي في « تصحيحه » على « التنبيه »[3] نازع فيه شيخنا في « تصحيح المنهاج » وقال : الذي نقطع به علىٰ مذهب الشافعي الذي نص عليه في « سير الواقدي » : أن الدور والمساكن التي وقع الفتح وهي موجودة . . لا يجوز بيعها ؛ فهي من الغنيمة ، ويجوز بيع ما علم إنشاء عمارته بعده ، وأما المشكوك فيه . . فظاهر اليد يدل على الملك ، وكون الأصل أنها موجودة عند الفتح يرده أنه استصحاب معكوس ، وهو ضعيف جداً .

٥٣٤٠ـ قوله : (**وفتحت مكة صلحاً ، فدورها وأرضها المحياة ملك يباع**)[4] أورد عليه شيخنا في « تصحيحه » أموراً :

---

(١) المحرر (ص ٤٥١) .

(٢) في (ج) : (تجارة) ، وفي (د) : (الإجارة) .

(٣) تصحيح التنبيه (٢/ ٢٢٤) .

(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥٢٣) .

أحدها : أن مقتضاه : صدور عقد صلح ، وليس كذلك ، وإنما دخلها عليه الصلاة والسلام قهراً بغير قتال ، إلا في أسفلها . . فإنه وقع فيه بعض قتال ، ولم يكن له أثر في فتحها ؛ لحصوله من غير احتياج إليه ، وفي « مختصر البويطي » عن الشافعي رضي الله عنه : أنه عليه الصلاة والسلام دخلها عنوة ، وقد كان تقدم منه بمر الظهران لأبي سفيان : من دخل داره . . فهو آمن ، ومن أغلق بابه . . فهو آمن ، ومن ألقىٰ سلاحه . . فهو آمن ، ومن أعطىٰ أماناً علىٰ نفسه . . فهو آمن علىٰ نفسه وماله ، واحتج بقوله عليه الصلاة والسلام : « وهل ترك لنا عقيل من رباع »[1] لأنه لا يورث إلا ما كان الميت مالكاً له ، قال شيخنا : وللصلح حالتان :

إحداهما : أن يكون علىٰ أن تكون البلد للمسلمين ، وتقر في أيدي أهليها بخراج يؤدونه .

والثانية : أن يكون البلد لهم يؤدون خراجه ، قال : ولم يتفق شيء من الحالتين في مكة ، ولو اتفقت الحالة الأولىٰ . . كانت الأرض والدور وقفاً ؛ إما بنفس الاستيلاء على **الأصح** عندنا ، وإما بوقف الإمام علىٰ ما **رجحه** الرافعي والنووي[2] ، فيؤدي ذلك إلىٰ أنه لا تباع أرضها ولا دورها ، وهو خلاف مذهب الشافعي ، وأيضاً فالمشركون لا يضرب عليهم جزية ، فلا يقر في أيديهم أرض بالخراج ، ولكن من أسلم قبل الفتح . . فداره علىٰ ملكه لم تخرج عنه باستيلاء الكفار ، ومن أسلم بعده . . أجرىٰ عليه حكم الأمان .

ثانيها : أن تعبيره بالفاء يقتضي ترتب كونها ملكاً على الصلح ، وليس كذلك ، بل مقتضى الصلح : أنها وقف ؛ لأنها فيءٌ ، وهو وقف إما بنفس حصوله ، وإما بإيقافه كما تقدم .

ثالثها : ومقتضاه : أنها على العنوة لا تباع ، وليس كذلك ؛ لأن المفتوح عنوة غنيمة مخمسة ، **والصواب** : أنه عليه الصلاة والسلام أقرَّ الدّورَ بِيَدِ أهلها على الملك الذي كانوا عليه ، ولا نظر في ذلك إلىٰ أنها فتحت صلحاً أو عنوة ، ولا يرد شيء من ذلك علىٰ قول « الحاوي » [ص ٦٠٩] : (**ومكة ملك**) لأن ذلك ثابت لها علىٰ كل حال ، وهو المقصود ، وليس متفرعاً على الصلح ولا علىٰ عنوة ، والله أعلم .

فصل
[في الأمان]

٥٣٤١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٣] : (**ومن أمنه مسلم بالغ عاقل مختار . . حرم قتله**) فيه أمور :

أحدها : أن محله أمان الآحاد في ما إذا كان المؤمّن واحداً أو عدداً محصوراً كما صرح به

---

(١) أخرجه البخاري (٢٨٩٣) ، (٤٠٣٢) ، ومسلم (١٣٥١) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٤٥٠) ، و« الروضة » (١٠/ ٢٧٥) .

« المنهاج » و« الحاوي »[1] ، فلا يجوز أمان أهل ناحية وبلدة ، وضابطه : ألاَّ ينسد به باب الجهاد في تلك الناحية ، قال الإمام : ولو أمن مئة ألف من المسلمين مئة ألف من الكفار . . فكل واحد لم يؤمّن إلا واحداً ، لكن إذا ظهر انسداد أو نقصان . . فأمان الجميع مردود[2] ، قال الرافعي : ولك أن تقول : إن أمنوهم معاً . . فرد الجميع ظاهر ، وإن آمنوا متعاقبين . . فينبغي أن يصح أمان الأول فالأول إلىٰ ظهور الخلل ، علىٰ أن الروياني ذكر أنه لو أمّن كل واحد واحداً . . جاز وإن كثروا حتىٰ زادوا علىٰ عدد أهل البلدة[3] ، قال النووي : **المختار** : أنه **يصح** أمان المتعاقبين إلىٰ أن يظهر الخلل ، وهو مراد الإمام . انتهىٰ[4] .

وفي النكاح عن الغزالي : أن كل عدد لو اجتمعوا في صعيد لعسُر على الناظر عددهم بمجرد النظر ؛ كالألف . . فغير محصور ، وإن سهل ؛ كالعشرة والعشرين . . فمحصور ؛ وبين الطرفين أوساط يلحق بأحدها بالظن ، وما وقع فيه الشك . . استفتي فيه القلب[5] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : النظر إلى القلة والكثرة لا إلى الحصر وغيره ، والرجوع في القلة والكثرة إلى العرف ، هـٰذا علىٰ مقتضىٰ ما قاله الأصحاب ، **والأرجح** عندنا : الجواز من غير تقييد بما ذكروه ، لكن لا يصل إلىٰ ما يتعلق بالولاية العامة ، قال : ولم يقيد الشافعي أمان الآحاد من حر وعبد بالمحصور .

ثانيها : أنه لم يذكر سوىٰ تحريم قتله مع أنه يفيد أيضاً منع الاسترقاق والمفاداة ، وقد يفهم ذلك من إطلاق « المنهاج » و« الحاوي » صحة تأمينه ، ومن تصريحهما بأنه لا يدخل في الأمان ما معه من أهله وماله إلا بالشرط[6] .

ثالثها : يستثنىٰ منه : من تأمينه يضر المسلمين كجاسوس ، كما صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[7] .

رابعها : يستثنىٰ من كلام الثلاثة : الأسير ، فلا يجوز للآحاد أمانه ولا المنّ عليه كما جزم به في « الروضة » وأصلها[8] ، وقيده الماوردي بغير الذي أسره ، فيجوز للذي أسره تأمينه إذا كان باقياً في

---

(1) الحاوي (ص ٦١١) ، المنهاج (ص ٥٢٣) .
(2) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٤٧٤ ، ٤٧٥) .
(3) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٤٥٧) .
(4) انظر « الروضة » (١٠/ ٢٧٩) .
(5) انظر « الروضة » (٧/ ١١٦ ، ١١٧) .
(6) الحاوي (ص ٦١١) ، المنهاج (ص ٥٢٣) .
(7) الحاوي (ص ٦١١) ، المنهاج (ص ٥٢٣) .
(8) فتح العزيز (١١/ ٤٥٧) ، الروضة (١٠/ ٢٧٩) .

يده لم يقبضه الإمام ، كما يجوز قتله ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وقد يمنع جواز قتله ، فيترتب عليه منع أمانه .

خامسها : يستثنىٰ منه أيضاً : المرأة ؛ ففي عقد الأمان لها استقلالاً وجهان في « أصل الروضة » بغير ترجيح[١] ، **وقياسه** : جريانه في العبد ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **المعتمد** عندنا الجزم بجواز عقد الأمان للمرأة والعبد استقلالاً .

٥٣٤٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٣] : **(ومن أمنه أَسِيرٌ قد أطلق باختياره . . حرم قتله)** مخالف لقول « الحاوي » [ص ٦١١] : **(لا الأسير)** و« المنهاج » [ص ٥٢٣] : **(ولا يصح أمان أسير لمن هو معهم في الأصح)** ومحل الخلاف : في المختار ، فلو كان مكرهاً . . لم يصح قطعاً ، وذلك مفهوم من اشتراطه أولاً الاختيار ؛ ولذلك قال شيخنا الإسنوي في « تصحيح التنبيه » : **الأصح** : بطلان أمان الأسير الذي قد أُطلق من الحبس والقيد وبقي عندهم ممنوعاً من الخروج ، وإن كان أمانه باختيار ، علىٰ عكس ما في « التنبيه » لأنه مقهور في أيديهم .

وقال النشائي في « نكته » : الأسير نوعان :

أحدهما : أسير الدار ، وهو الذي أُطلق من القيد والحبس ، وأمنوه علىٰ أن لا يخرج من دارهم فبقي فيها عاجزاً عن الخروج ، وهي مسألة « التنبيه » ، وقوله : **(باختياره)** متعلق بقوله : **(أمنه)** فيصح أمانه كما صرح به في « الكفاية » ، وإن حكىٰ أن بعضهم أطلق الخلاف .

الثاني : أسير القيد أو الحبس الذي قد أخرجه الشيخ بقوله : **(قد أطلق)** كما صرح به في « الكفاية » ، **والأصح** : أنه لا يصح أمانه ، وهـٰذا هو النوع الذي في الرافعي كما أشار إليه في « الكفاية » ، فليت المستدرك فهمه[٢] .

قلت : فإن صح ذلك . . ورد علىٰ إطلاق « المنهاج » و« الحاوي » ، وقبلهما الرافعي ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محل تصحيح بطلان أمانه : ما إذا لم يكن في أمان ممن هو في أسره ، فإن كان في أمان منه . . صح أمانه إياه إذا صدر منه مع معرفته وجه النظر ، وفي كلام الرافعي ما يقتضيه ؛ فإنه[٣] وجّه المنع بأنه مقهور في أيديهم ؛ لا يعرف وجه النظر والمصلحة ، وبأن الأمان يقتضي أن يكون المؤمّن آمنًا ، والأسير في أيديهم ليس بآمن[٤] ، وصرح الماوردي بذلك فقال بعد حكايته عن الشيخ أبي حامد : أنه إذا أمن غير مكره . . صح ، وإن لم يكن في أمان منه . .

---

(١) الروضة (١٠/ ٢٧٩) .

(٢) نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه (ق ١٧٩) .

(٣) في النسخ : (بأنه) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله أعلم .

(٤) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٤٦٤) .

لم يصح أمانه ؛ لأن الأمان ما اقتضى التساوي فيه .

٥٣٤٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٣] : (**ويصح بكل لفظ يفيد مقصوده**) قسمه في « أصل الروضة » إلىٰ صريح ؛ كأجَرْتُكَ ، أو أنت مُجَار ، أو أمَّنتك ، وأنت آمنٌ ، أو في أماني ، أو لا بأس عليك ، أو لا خوف عليك ، أو لا تخف ، أو لا تفزع ، وقال الماوردي : هما كناية ، أو قال بالعجمية : مترس ، وإلىٰ كناية ؛ كقوله : أنت علىٰ ما تحب ، أو كن كيف شئت ، ولا بد في الكناية من نية ، ومنها الكتابة ، ولا بد فيها من نية[١] .

٥٣٤٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٣] : (**ويشترط علم الكافر بالأمان**) تبع فيه القاضي والبغوي[٢] ، ونازع شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : لم يعتبره الشافعي ولا العراقيون ، والسنة الصحيحة ترده ، والمعتبر علم المسلمين لا علم ذلك الكافر ، ومن العجيب ما ذكره الإمام والرافعي : أنه لو قتله المؤمّن قبل علمه بالأمان . . جاز[٣] .

٥٣٤٥ـ قوله : (**وكذا ـ أي : يبطل الأمان ـ إن لم يقبل في الأصح**)[٤] و« الحاوي » [ص ٦١١] : (**بقبولٍ**) نازع فيه شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : إنه مخالف لمقتضىٰ نصوص الشافعي رضي الله عنه ؛ فإنه لم يعتبر القبول ، ولما عليه السلف والخلف ، قال : ولم أجد اعتباره في كلام العراقيين ومن تبعهم .

وقال شيخنا ابن النقيب : الذي في « الروضة » و« الشرحين » : قال الإمام : فيه تردد ، قال الإمام : والرأي الظاهر اشتراط قبوله ، وبه قطع الغزالي ، واكتفى البغوي بالسكوت ؛ فإطلاق « المنهاج » الوجهين والتصحيح فيه نظر ؛ فإن أصله تردد للإمام ، والترجيح بحث له ، والغزالي فرعه له ، والمنقول ما في « التهذيب » . انتهىٰ[٥] .

٥٣٤٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٣] : (**وتكفي إشارة مفهمة للقبول**) لا معنىٰ لتقييده بالقبول ؛ فالإيجاب كذلك ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٦١١] : (**ولو إشارة مفهمة فيهما**) وفي معنى الإشارة : ما إذا بدتْ عليه مخايل القبول ، كما صرح به الإمام[٦] .

٥٣٤٧ـ قول «المنهاج» [ص ٥٢٣]: (**ويجب ألاَّ تزيد مدته علىٰ أربعة أشهر**) و«الحاوي» [ص ٦١١]:

---

(١) الروضة (١٠/ ٢٧٩) .

(٢) انظر « التهذيب » (٧/ ٤٨٠) .

(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٤٧٢) ، و« فتح العزيز » (١١/ ٤٦١) .

(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥٢٣) .

(٥) السراج علىٰ نكت المنهاج (٨/ ٣١) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٤٧٢) ، و« الوجيز » (٢/ ١٩٤) ، و« التهذيب » (٧/ ٤٨٠) ، و« فتح العزيز » (١١/ ٤٦١) ، و« الروضة » (١٠/ ٢٨٠) .

(٦) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٤٧٢) .

(**أربعة أشهر**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه يقتضي أن أمان الآحاد لا بد من تقييده بهٰذه المدة فما دونها ، وهٰذا لم يقله الشافعي ولا أحد من أصحابه القدماء ، وإنما التبس ذلك علىٰ بعضهم ، فخلط أمان الإمام بأمان الآحاد ، وقد قال الماوردي في أمان الآحاد : إنه ليس له تقدير مدته ، وينظر الإمام فيه ، فإن كان من المصلحة إقراره . . أقرّه على الأمان ، وقرر له مدة مُقامه[1] .

٥٣٤٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٣] : (**وفي قول : يجوز ما لم تبلغ سنة**) يقتضي أن بلوغه سنة محل قطع بالمنع ، وكذا هو في « الروضة » وأصلها في الهُدنة[2] ، لكن الرافعي هنا أدخل السنة في الخلاف[3] ، فأصلحه في « الروضة » من غير تمييز ، وعبر بالصواب كما هنا[4] .

٥٣٤٩ـ قوله : (**ولا يجوز أمان يضر بالمسلمين كجاسوسٍ**)[5] و« الحاوي » [ص ٦١١] : (**لا جاسوساً**) يقتضي أن شرط الأمان : انتفاء الضرر دون ظهور المصلحة ، وبه صرح في « أصل الروضة »[6] ، لكن قال القاضي حسين في « تعليقه » : قال أصحابنا : إنما يجوز إذا اتصل بالمصلحة ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو **الأرجح** في النظر ، ثم لا يخفىٰ أن ذلك في أمان الآحاد ، أما أمان الإمام . . فلا يجوز إلا بالنظر للمسلمين ، نص عليه .

٥٣٥٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٣] : (**وليس للإمام نبذ الأمان إن لم يخف خيانة**) لا يختص ذلك بالإمام ؛ فالمؤتمن له من الآحاد كذلك ؛ ولذلك قال في « أصل الروضة » : هو لازم من جهة المسلمين[7] ، وقال القاضي حسين : هو لازم من جهة المؤمن ، لا يجوز له نبذه إلا بعذر .

٥٣٥١ـ قوله : (**ولا يدخل في الأمان ماله وأهله بدار الحرب ، وكذا ما معه منهما في الأصح إلا بشرطٍ**)[8] و« الحاوي » [ص ٦١١] : (**بأهل ومال معه إن شُرط**) فيه أمور :

أحدها : كونه لا يدخل في الأمان أهله وماله بدار الحرب ذكره في « النهاية »[9] ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لم أره لأحد قبله ، ونصوص الشافعي تقتضي بإطلاقها حصول الأمان في المال حيث كان ، وكذلك كلام أصحاب الطريقين .

ثانيها : كونه لا يدخل في الأمان ما معه منهما إلا بشرط أطلق **تصحيحه** في « الروضة

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٤/ ٣٤٠) .
(٢) الروضة (١٠/ ٣٣٥) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٤٦٢) .
(٤) الروضة (١٠/ ٢٨١) .
(٥) نظر « المنهاج » (ص ٥٢٣) .
(٦) الروضة (١٠/ ٢٨١) .
(٧) الروضة (١٠/ ٢٨١) .
(٨) انظر « المنهاج » (ص ٥٢٣) .
(٩) نهاية المطلب (١٧/ ٤٩١) .

»[1] أيضاً ، وقال في « المحرر » و« الشرح الصغير » : إنه رُجح[2] ، ولم ينقل الترجيح في « الشرح الكبير » إلا عن الإمام ، وقال : وفيه مزيد نورده في خاتمة الكتاب[3] ، والذي ذكره هناك وجهان بلا ترجيح ، ثم قال : وفي « البحر » تفصيل حسن ، وهو أنه إذا أطلق الأمان . . يدخل فيه ما يلبسه من ثياب ، وما يستعمله في حرفته من الآلات ، وما ينعقد في مدة الأمان ؛ للعرف الجاري بذلك ، أو مركوبه إن كان لا يستغني عنه ، ولا يدخل غير ذلك[4] ، وقال الرافعي في أثناء الباب وتبعه في « الروضة » : لو دخل كافر دارنا بأمان أو ذمة . . كان ما معه من المال والولد في أمان ، فإن شرط الأمان فيهما . . فهو تأكيد[5] .

وقال في « المهمات » : إن **الراجح** : الدخول مطلقاً ، وحكاه شيخنا في « تصحيح المنهاج » عن نص البويطي أنه قال : ومن أعطي أماناً علىٰ نفسه . . فهو آمن علىٰ نفسه وماله ، قال شيخنا : وهـٰذا النص يتناول ما حضر وما غاب في دار الحرب وغيرها ، قال : وفي « الأم » في « سير الواقدي » : (وإذا قَدِمَ الحربي دار الإسلام بأمان فمات . . فالأمان لنفسه وماله ، ولا يجوز أن يُؤخذ من ماله شيء ، وعلى الحاكم أن يرده إلىٰ ورثته حيث كانوا)[6] ، قال شيخنا : والمراد بما معه : ما في دار الإسلام وإن لم يكن معه ، وبالأهل : صغار أولاده ، وأما زوجته . . فلا تدخل ، إلا إذا صرح بذكرها .

ثالثها : كلامهما يقتضي أنه لا يدخل بالشرط إلا ما معه ، وليس كذلك ، بل يدخل بالشرط ما بدار الحرب إذا كان ذلك من الإمام أو من يقوم مقامه بالولاية العامة ، حكاه في « أصل الروضة » عن الماوردي ، وأقره[7] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وعندنا يدخل في الإطلاق من أمان الآحاد ؛ فعند الشرط أولىٰ .

رابعها : مقتضىٰ إطلاقهما أن الأهل والمال مقيدان بمدة أمان النفس ، وليس كذلك ؛ فقد ذكر الماوردي أن أمانه علىٰ ماله غير مقدر ، وفي ذريته وجهان ، قال شيخنا : **والأرجح** : أنه لا يتقدر في الذرية ؛ إذ لا جزية عليهم .

---

(1) الروضة (١٠/ ٢٨١) .
(2) المحرر (ص ٤٥٢) .
(3) فتح العزيز (١١/ ٤٦٣) .
(4) انظر « الروضة » (١٠/ ٢٩٥) .
(5) فتح العزيز (١١/ ٤٧٥) ، الروضة (١٠/ ٢٨٩) .
(6) الأم (٤/ ٢٧٨) .
(7) الروضة (١٠/ ٢٨٩) .

خامسها : تعبير « الحاوي » بقوله [ص ٦١١] : (**أهل ومال**) أحسن من تعبير « المنهاج » [ص ٥٢٣] بـ (**ماله وأهله**) لأنه يخرج عنه ما إذا كان معه مال لغيره ، وقد ذكر الربيع أنا لا نتعرض له في ماله ولا في مال غيره الذي معه .

٥٣٥٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣١] : (**من لا يقدر علىٰ إظهار الدين في دار الحرب وقدر على الهجرة . . وجب عليه أن يهاجر**) أحسن من تعبير « المنهاج » [ص ٥٢٤] بـ (**دار الكفر**) لأنه يدخل في تعبيره بلد الهُدنة ؛ فهي دار كفر ، إلا أن أهلها ليسوا أهل حرب ، وقد ذكر شيخنا الإمام البلقيني : أنه لا تجب الهجرة منها ؛ لأن شرط رد الرجال المسلمين إليهم ، وردُّ النبي صلى الله عليه وسلم أبا جندل وأبا بصير ـ علىٰ معنىٰ أنه مكنهم منها ـ دليلٌ علىٰ أنه لا تحرم الإقامة في بلد الهدنة لمن لا يقدر علىٰ إظهار دينه . انتهىٰ

وعليه يدل تعبير « التنبيه » بدار الحرب ، واستثنىٰ شيخنا أيضاً من كلامهما : **ما إذا كان في مقامه مصلحة للمسلمين** ، قال : فلا يجب عليه الهجرة ، وتجوز له الإقامة ، بل ترجح على الهجرة ؛ فقد قيل : إن إسلام العباس كان قبل بدر ، وكان يكتم إسلامه ، ويكتب بأخبار المشركين إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويتقوىٰ به المسلمون ، وكان يحب الهجرة ، فكتب إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن مقامك بمكة خير »[١] .

٥٣٥٣ـ قولهما : (**ومن قدر علىٰ إظهار الدين . . استحب له أن يهاجر**)[٢] محله : ما إذا لم يرج ظهور الإسلام هناك بمقامه ، فإن رجا . . فالأفضل أن يقيم ، وإن قدر على الامتناع في دار الحرب والاعتزال . . وجب عليه المقام بها ؛ لأن موضعه دار الإسلام ، فلو هاجر لصار دار حرب . . فيحرم ذلك ، حكاه في زيادة « الروضة » عن الماوردي ، وأقره[٣] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه **معتمد** ، قال : وذكر الماوردي : أنه إذا تساوىٰ حاله في المقام والهجرة ؛ بأن لم يرج بهجرته نصرة المسلمين ولا بمقامه ظهور الإسلام . . فهو بالخيار بين المقام والهجرة[٤] ، قال شيخنا : وفيه نظر ؛ فالهجرة إلىٰ دار الإسلام أرجح .

٥٣٥٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٤] : (**ولو أطلقوه علىٰ أنهم في أمانه . . حرم** ـ أي : اغتيالهم ـ **فإن تبعه قوم . . فليدفعهم**) كذلك عكسه ، وهو : **ما إذا شرطوا أنه في أمان منهم ولم يستأمنوه . .** فيحرم عليه اغتيالهم ؛ لأن الأمان لا يكون في أحد الطرفين ، وقد اقتصر « الحاوي » على الثانية ،

---

(١) ذكره ابن عبد البر في « الاستيعاب » (٢/ ٨١٢) ، والمزي في « تهذيب الكمال » (١٤/ ٢٢٦) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٣١) ، و« المنهاج » (ص ٥٢٤) .

(٣) الروضة (١٠/ ٢٨٢) ، وانظر « الحاوي الكبير » (١٤/ ١٠٤) .

(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٤/ ١٠٤) .

فقال [ص ٦١٤] : (**وقتل تابعه دفعاً لا غيراً إن أمّنوه**) واستثنى الشافعي رضي الله عنه في « الأم » من ذلك : ما إذا قالوا : قد أمناك ولا أمان لنا عليك[١] ، وهو يدل علىٰ أن الأمان قد يكون من جانب واحد ، والذي في « المحرر » : ما إذا أمنوه وأمنهم ، وفي بعض نسخه عطفه بـ(أو) ، فيكون فيه التصريح بالمسألتين[٢] .

٥٣٥٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٤] : (**ولو شرطوا ألاَّ يخرج من دارهم.. لم يجز الوفاء**) لا يخفىٰ أن محله : فيما إذا لم يقدر علىٰ إظهار دينه هناك ؛ لكونه سبق قريباً أن الهجرة للقادر علىٰ إظهار دينه مستحبة .

٥٣٥٦ـ قوله : (**ولو عاقد الإمام علجاً يدل علىٰ قلعة وله منها جارية.. جاز**)[٣] فيه أمور :

أحدها : أن العلج هو : الكافر الغليظ الشديد كما في « أصل الروضة »[٤] فالتقييد به يقتضي أنه لا يصح هـٰذا العقد مع مسلم ، وبه صرح « الحاوي » فقال [ص ٦١٣] : (**وإن دل علج لا مسلم**) ، وهو الذي **صححه** الإمام[٥] ، لكن ذهب العراقيون إلى الجواز ؛ ولهـٰذا أطلق « التنبيه » قوله [ص ٢٣٤] : (**ويجوز أن يشرط لمن دله علىٰ قلعة جعلاً**) لكنه قال بعده : (**فإن كان المجعول له كافراً.. جاز أن يجعل له جعلاً مجهولاً**)[٦] فدل علىٰ أنه لا يجوز أن يجعل للمسلم جعلاً مجهولاً ، وهو موافق لتصحيح الإمام ، وذكر شيخنا الإسنوي في « التنقيح » : أن **الأصح** في « الروضة » : قول العراقيين ، وأشار النشائي وصاحب « التوشيح » إلىٰ توهيمه في ذلك ، وأن التصحيح ليس في « الروضة »[٧] ، لكن كلامه في « الروضة » وأصلها في (الغنيمة) يقتضيه ؛ فإنه بعد أن ذكر أن النفل زيادة مال علىٰ سهم الغنيمة مثّل للنفل بأمور : منها المذكور هنا[٨] ، وقد علم أن السهم لا يكون إلا لمسلم ؛ فيلزم من إطلاقه وتعبيره بالسهم جوازه مع المسلم .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه **الأصح** ، وعليه مشىٰ شيخنا الإسنوي في « تصحيح التنبيه »[٩] ، قال الإمام : والوجهان مفرعان علىٰ تجويز استئجار المسلم للجهاد ، وإلا.. فلا

---

(١) الأم (٤/٢٤٧) .
(٢) المحرر (ص ٤٥٢) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٢٤) .
(٤) الروضة (١٠/٢٨٥) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٤٧٧) .
(٦) التنبيه (ص ٢٣٤) .
(٧) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٨٠) .
(٨) الروضة (٦/٣٦٨) .
(٩) تذكرة النبيه (٣/٤٥١) .

تصح هٰذه المعاملة مع مسلم ، ولا يستحق أجرة المثل[1] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وما قاله ممنوع ؛ فإن هٰذا ليس من الاستئجار للجهاد في شيء ، وإنما هٰذا نظير من يستأجره الإمام من المسلمين ؛ لدلالة الطريق إلى الكفار ، وذلك جائز .

ثانيها : المراد : الدلالة علىٰ قلعة بعينها كما صوره في « الروضة » وأصلها ، وكلام الثلاثة يقتضي جوازه علىٰ قلعة مبهمة ، وذكر شيخنا الإسنوي في « التنقيح » : أن كلام « التنبيه » في قلعة مبهمة . انتهىٰ .

فلو ذكرها مبهمة في قلاع معينة . . فكلام شيخنا في « تصحيح المنهاج » يميل إلى الجواز ؛ لقلة الغرر في ذلك .

ثالثها : تعبير « المنهاج » [ص ٥٢٤] و« الحاوي » [ص ٦١٣] بـ (**الجارية**) مثال ، وتعبير « التنبيه » [ص ٢٣٤] بـ (**الجعل**) حسن ؛ لشموله .

٥٣٥٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٤] : (**فإن فتحت بدلالته . . أعطيها**) المراد : أن يفتحها من شارطه ، فلو فتحها طائفة أخرىٰ بالطريق التي دلنا عليها . . فلا شيء له ؛ لأنه لم يجر معهم شرط ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٦١٣] : (**وفتحنا به لا غيرنا**) وأن يكون الفتح عنوة ، فلو فتحت صلحاً . . فقد ذكرها « الحاوي » بعد ذلك فقال [ص ٦١٣] : (**وإن شرط زعيمها أمان أهله وهي منه ، ولم يرض واحد بعوض . . رُدّ ورد إلىٰ مأمنه**) وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محل هٰذا : ما إذا كانت الجارية ملكاً لصاحب القلعة ، فإن لم تكن ملكاً له . . فكيف يكون له أخذ العوض عن شيءٍ ليس في ملكه ، والذي ينبغي في هٰذه الحالة : أن تسلم للدليل ، ولا شيء لصاحب القلعة . انتهىٰ .

ولا يرد ذلك علىٰ تعبير « التنبيه » لأنه قال [ص ٢٣٤] : (**وإن فتحت صلحاً فامتنع صاحب القلعة من تسليم الجارية وامتنع المجعول له من قبض قيمتها . . فسخ الصلح**) فلم يذكر في عبارته أخذ صاحب القلعة عوضاً عن الجارية ، لكن تعبير « الحاوي » [ص ٦١٣] بـ (**العوض**) أعم من تعبير « التنبيه » [ص ٢٣٤] بـ (**القيمة**) ، وعبر ابن يونس في « النبيه » بـ (البدل) ، وقال في « التنويه » : هو أولىٰ من القيمة ؛ ليتناول غيرها من جواري القلعة ؛ فإنه لو رضي بها . . جاز كما في « المهذب »[2] .

٥٣٥٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٤] : (**أو بغيرها . . فلا في الأصح**) وهو مفهوم لفظ « الحاوي » المتقدم ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه ممنوع ، بل ظواهر نصوص الشافعي رضي الله

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٤٨٠) .
(٢) المهذب (٢/ ٢٤٤) .

عنه وإطلاق الأصحاب الاستحقاق ، وهو الصواب ، والرافعي إنما نقل هٰذا الترجيح في « شرحه » عن ابن كج[1] .

٥٣٥٩ـ قول « الحاوي » [ص ٦١٣] : **(وقيمتها إن ماتت)** أي : بعد الظفر ؛ ولهٰذا قال « المنهاج » [ص ٥٢٤] : **(أو بعد الظفر قبل التسليم . . وجب بدلٌ)** .

٥٣٦٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٤] : **(وإن ماتت قبل الفتح . . ففيه قولان ، أحدهما : يدفع إليه قيمتها ، والثاني : لا شيء له) الأظهر** : الثاني كما في « المنهاج »[2] ، وكذا في الرافعي ، ورجح في « أصل الروضة » طريقة القطع به[3] ، ولولا تقييدنا كلام « الحاوي » بما بعد الظفر[4] . . لتناول هٰذه الصورة ، ورجح شيخنا في « تصحيح المنهاج » : القطع بوجوب البدل عكس المرجح في « الروضة » ، وقال : إنه المنصوص في « الأم » و« المختصر » ، وليس له نص يخالفه .

٥٣٦١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٤] : **(وإن أسلمت . . فالمذهب : وجوب بدل)** يتناول إسلامها قبل العقد وبعده ، سواء أكان قبل الظفر أم بعده ؛ ولذلك أطلق « الحاوي » إسلامها[5] ، واستثنىٰ شيخنا في « تصحيح المنهاج » من ذلك مسألتين :

إحداهما : أن تسلم قبل العقد ، ويعلم بذلك ، وبأنها قد فاتته . . فلا شيء له ؛ لأنه عمل متبرعاً .

ثانيهما : أن يسلم بعد العقد والظفر . . ففي « الروضة » وأصلها بناؤه علىٰ شراء الكافر عبداً مسلماً إن جوزناه . . سلمناها إليه ، ثم يؤمر بإزالة الملك ، وإن لم نجوزه . . لم تسلم إليه[6] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هٰذا البناء عندنا مردود ؛ بل يستحقها قطعاً ؛ لأنه استحقها بالظفر وقد كانت إذ ذاك كافرة ، فلا يرتفع ذلك بإسلامها كما لو ملكها ثم أسلمت ، ولكن لا تسلم إليه ، بل يؤمر بإزالة الملك كما لو أسلم العبد الذي باعه المسلم للكافر قبل القبض ، ولكن هناك يقبضه له الحاكم ، وهنا لا يحتاج إلىٰ قبض . انتهىٰ .

ويوافق ذلك تقييد « التنبيه » إسلامها بكونه قبل الفتح[7] .

٥٣٦٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٤] : **(وهو أجرة مثل ، وقيل : قيمتها)** فيه أمور :

---

(١) فتح العزيز (١١/ ٤٦٩) .

(٢) المنهاج (ص ٥٢٤) .

(٣) فتح العزيز (١١/ ٤٧١) ، الروضة (١٠/ ٢٨٦) .

(٤) الحاوي (ص ٦١٣) .

(٥) الحاوي (ص ٦١٣) .

(٦) فتح العزيز (١١/ ٤٧٣) ، الروضة (١٠/ ٢٨٨) .

(٧) التنبيه (ص ٢٣٤) .

أحدها : إنما ذكر في « المحرر » هٰذا الخلاف فيما إذا ماتت ، وكذا في « الروضة » وأصلها[1] ؛ فذكره في إسلامها غير مطابق لأصله .

ثانيها : ذكر الإمام أن إيجاب أجرة المثل مبني علىٰ أنه مضمون ضمان عقد ، وقيمتها مبني علىٰ ضمان اليد[2] ، وتبعه في « المحرر »[3] ، فمشىٰ عليه « المنهاج » ، لكنه قال في « الشرح » وتبعه في « الروضة » : هٰكذا قاله الإمام ، ولكن **الأظهر** من قولي الصداق : وجوب مهر المثل ، والموجود لجمهور الأصحاب هنا قيمة الجارية[4] ، وعليه مشى « التنبيه » فقال [ص ٢٣٤] : (**وإن فتحت عنوة وأسلمت الجارية قبل الفتح . . دفع إليه قيمتها**) و« الحاوي » فقال [ص ٦١٣] : (**وقيمتها إن ماتت أو أسلمت**) ونص عليه في « الأم » في آخر (سير الواقدي) فقال : (وإن كانت الجارية قد أسلمت قبل أن يُظفر بها . . فلا سبيل إليها ، ويعطىٰ قيمتها ، وإن ماتت . . عُوِّض منها بالقيمة)[5] حكاه في « المهمات » ، وقال : كأن الرافعي حالة تصنيف « المحرر » لم يستوعب المسألة من الشرح ، بل نظر أوائلها فقط .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إن **المعتمد** القطع به ، قال : والسبب في امتناع مجيء أجرة المثل هنا : أن هٰذه المعاملة سومح فيها للحاجة إلىٰ نكاية الكفار والفتح على المسلمين ، فنظر فيها إلى الذي انصب قصد الدال إليه ، وهو الجارية ؛ فحيث غرمنا عوضها . . فهو قيمتها ؛ لأن الدال إنما يشترط شيئاً زائداً كثيراً علىٰ أجرة مثله في العادة ، فإذا تخيل أنه لا يحصل له إلا أجرة مثله . . يفر وفات المقصود .

ثالثها : قوله : (**وقيل : قيمتها**) يقتضي أنه وجه ، وهو في « المحرر » قول[6] ؛ ولهٰذا وقع في بعض نسخ « المنهاج » : (**وفي قول**) .

رابعها : قال في « أصل الروضة » : محل الخلاف : إذا كانت جارية معينة ، فإن كانت مبهمة ومات كل من فيها من الجواري وأوجبنا البدل . . فيجوز أن يقال : يرجع بأجرة المثل قطعاً ؛ لتعذر تقويم المجهول ، ويجوز أن يقال : تسلم إليه قيمة من تسلم إليه قبل الموت[7] .

٥٣٦٣ـ قول «التنبيه» [ص ٢٣٤] : (**فإن كان المجعول له كافراً . . جاز أن يجعل له جعلاً مجهولاً**)

---

(١) المحرر (ص ٤٥٣) ، فتح العزيز (١١/ ٤٧١) ، الروضة (١٠/ ٢٨٦ ، ٢٨٧) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٤٧٨ ، ٤٧٩) .
(٣) المحرر (ص ٤٥٣) .
(٤) فتح العزيز (١١/ ٤٧٢ ، ٤٧٣) .
(٥) الأم (٤/ ٢٨٥) .
(٦) المحرر (ص ٤٥٣) .
(٧) الروضة (١٠/ ٢٨٧) .

محله : فيما إذا كان من القلعة ، فإن كان مما في أيدي المسلمين . . لم يجز أن يكون مجهولاً ؛ للقدرة علىٰ نفي الجهالة ، وتقدم أن **الراجح** : جواز الجعل المجهول من القلعة ولو مع مسلم .

٥٣٦٤ـ قوله : (**وإن حاصر قلعة فنزل أهلها علىٰ حكم حاكم . . جاز ، ويجب أن يكون الحاكم حراً مسلماً ثقة من أهل الاجتهاد**)[١] ظاهره أن المراد : الاجتهاد في الأحكام الشرعية : وقد قال الرافعي : أطلقوا أنه يشترط كونه عالماً ، وربما قالوا : فقيهاً ، وربما قالوا : مجتهداً ، قال الإمام : ولا أظنهم شرطوا أوصاف الاجتهاد المعتبرة في المفتي ؛ ولعلهم أرادوا : التهدِّي إلىٰ طلب الصلاح وما فيه النظر للمسلمين . انتهىٰ[٢] .

ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٦١٣] : (**بصير بمصالح القتال**) ويشترط فيه أيضاً : الذكورة ، والبلوغ ، والعقل ، وقد ذكرها « الحاوي »[٣] ، وقد تستنبط من كونه من أهل **الاجتهاد** .

٥٣٦٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٤] : (**فإن حكم بعقد الذمة . . لم يلزم ، وقيل : يلزم**) **الأصح** الثاني ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦١٣] : (**وبالجزية . . أُجبر**) .

٥٣٦٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٤] : (**وإن حكم بقتل الرجال ورأى الإمام أن يمن عليهم . . جاز**) قد يفهم جواز استرقاقهم ، وليس كذلك ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٦١٣] : (**وبه ـ أي : بالقتل ـ لم يُرق**) وهـٰذا أسير يجوز قتله والمن عليه والاسترقاق .

٥٣٦٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٤] : (**وإن أسلموا بعد الحكم . . سقط القتل وبقي الباقي**) صوره القاضي أبو الطيب بما إذا حكم بقتل الرجال وسبي الذرية وأخذ الأموال ، ويجوز أن يكون مراده : سقط القتل إن كان قد حكم به ، وبقي الباقي إن كان المحكوم به غير القتل ، وكذا صور الجيلي والنووي في « نكته » ، وعبارة « الحاوي » [ص ٦١٣] : (**ويُرق المحكوم به إن أسلم**) .

٥٣٦٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٤] : (**وإن مات الحاكم قبل الحكم . . رُدوا إلى القلعة**) محله : ما إذا لم يتفقوا علىٰ حاكم غيره .

٥٣٦٩ـ قوله فيما إذا غلب الكفارُ المسلمين علىٰ أموالهم وغنمت : (**وإن لم يعلم حتىٰ قسم . . عوّض صاحبها من خمس الخمس**)[٤] المراد بصاحبها : من وقعت في سهمه ، وليس المراد به : مالكها كما في قوله أولاً : (**فإن استرجعت . . وجب ردها علىٰ أصحابها**)[٥] فإن المراد هناك : ملاكها .

* * *

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٤) .
(٢) فتح العزيز (١١/٤٧٩ ، ٤٨٠) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/٥٤١) .
(٣) الحاوي (ص ٦١٣) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٥) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٥) .

بابُ[1] عقد الذمّة وضرب الجزية

٥٣٧٠ـ كذا في « التنبيه »[2] ، وحذف ابن يونس في « النبيه » ضرب الجزية ؛ لأنها من موجبات عقد الذمة ، فلا يترجم بها بابه ، واقتصر « المنهاج » على الجزية[3] .

٥٣٧١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٥] : (**صورة عقدها : « أقركم بدار الإسلام أو أذنت في إقامتكم علىٰ أن تبذلوا جزية وتنقادوا لحكم الإسلام »**) فيه أمور :

أحدها : عبارة « المحرر » و« الروضة » وأصلها : (أقررتكم)[4] بصيغة الماضي ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لا يكفي المضارع ، إلا أن يقصد به العاقد الحال والمستقبل ؛ لانسلاخه عن معنى الوعد .

ثانيها : لا يختص ذلك بدار الإسلام ؛ فقد يقرهم بالجزية في دار حرب ؛ ولذلك لم يقيده « الحاوي » بدار الإسلام ، وحينئذ . . فيجب الذب عنهم إن اتصلت دارهم بدار الإسلام أو شرط الذب عنهم ، وإلا . . فلا .

ثالثها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لم يتعرض فيه لعصمة الدماء ، ولا بد منه في عقد الجزية ، وقد ذكره في « الأم » . انتهىٰ .

ولم يتعرض لذلك في « الحاوي » أيضاً .

رابعها : أطلق دار الإسلام ، ولا ينبغي إطلاقه في العقد ، بل يقيد بغير الحجاز وإن ذكر ذلك في الأحكام ، لكن الشأن في ذكره في العقد ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٦١٥ ، ٦١٦] : (**إذن الإمام ونائبه القرار في غير مكة والمدينة واليمامة وقُراها كالوَجّ والطائف**) كذا وقع في « الحاوي » : (**الوج**) بألف ولام ؛ وهي عجمة ، وصوابه : (وج) بحذفها كما نطق به في (الحج) .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : فإن قيل : فإذا أطلق ولم يستثن . . يفسد العقد أو يفسد الإطلاق ويتقيد بغير الحجاز ؟

قلنا : هٰذا محتمل ، **والأرجح** : الثاني .

خامسها : مقتضاه : أنه لو ضم إلىٰ ذلك : ما شئت أو ما شاء الله أو ما شئتم . . لم يصح ، وهو في الأوليين كذلك ، ويصح في الثالثة ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٦١٥ ، ٦١٦] : (**مطلقاً أو ما شاء ، لا الإمام**) .

---

(١) في (ج) ، (د) : (كتاب) .
(٢) التنبيه (ص ٢٣٦) .
(٣) المنهاج (ص ٥٢٥) .
(٤) المحرر (ص ٤٥٤) ، فتح العزيز (١١/ ٤٩٢) ، الروضة (١٠/ ٢٩٧) .

سادسها : مقتضىٰ هٰذا التعبير : اختصاصه بلفظ الخطاب ، وليس كذلك ، فلو عقد لغائبين فرضوا بذلك عند بلوغ الخبر . . جاز ، وكلام الشافعي رضي الله عنه يدل له ؛ ولذلك لم يعبر « الحاوي » بلفظ الخطاب .

سابعها : أطلق هو و« التنبيه » بذل الجزية ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لا بد من اشتراط القيام بها رأس كل سنة من العقد ؛ لئلا يؤدي إلى الجهالة بوقت استحقاق الأداء . انتهىٰ .

ويوافقه قول « الحاوي » [ص ٦١٦] : (**كل سنة**) وظاهره اشتراط ذكر ذلك في العقد ، وقال شيخنا : ويحتمل علىٰ بعد أن لا يحتاج إلىٰ ذكره ، وينزل العقد عليه .

ثامنها : أطلق الثلاثة الانقياد لأحكام الإسلام ، وهو مقيد في النص بما رأيناه يلزمهم ، وقيده في « المهذب » بحقوق الآدميين في الحقوق والمعاملات وغرامات المتلفات[1] ، وفي « النهاية » : قال العراقيون : المراد بإجراء الأحكام : أنهم إذا فعلوا ما هو محظور في دينهم . . فيجري حكم الله تعالىٰ عليهم إذا كان لا يتعلق بدعوىٰ ؛ كما لو زنا أحدهم وثبت زناه عند حاكمنا . . فإنه يقيم عليه الحد ولا حاجة لرضاه ، وهٰذا حسن ، ولم أر للمراوزة خلافه ، فأما ما يستحلونه : فمنقسم للخمر وغيره . . فلا يقيم عليهم حداً لشرب وإن رضوا بحكمنا . . . إلىٰ آخر كلامه[2] .

٥٣٧٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٥] : (**والأصح : اشتراط ذكر قدرها**) فيه أمران :

أحدهما : أنه يفهم قوة مقابله ، وهو الصحة والتنزيل على الأقل ، وليس كذلك ، بل هو ضعيف ، وقد استبعده في « النهاية »[3] .

ثانيهما : أنه يفهم أنه لا خلاف في اشتراط الانقياد لأحكام الإسلام ، وليس كذلك ، بل فيه خلاف ذكره القاضي حسين والإمام[4] .

٥٣٧٣ـ قوله : (**ولا يصح مؤقتاً**)[5] يستثنىٰ منه : ما لو قال : ما شئتم . . فإنه **يصح** كما تقدم ، وقد ذكره « الحاوي »[6] .

٥٣٧٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٥] و« الحاوي » [ص ٦١٦] : (**ويشترط لفظ قبول**) لذا يكفي الاستيجاب والإيجاب ؛ بأن يقول : قرّرني ، فيجيبه .

قلت : لو قال : سألتك أن تؤمنني علىٰ كذا فأمنه . . كان كافياً كما ذكره الشافعي ، وفي معناه :

---

(١) المهذب (٢/ ٢٥٣) .
(٢) نهاية المطلب (١٨/ ٣٤ ، ٣٥) .
(٣) نهاية المطلب (١٨/ ٣٣ ، ٣٤) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٣٣ ، ٣٤) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٥٢٥) .
(٦) الحاوي (ص ٦١٥) .

أن تقررني ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وليس قوله : سألتك أن تبيعني استيجاباً فدل علىٰ أن المقصود هنا ما يدل على الرضا وإن لم يكن قبولاً في غيره .

٥٣٧٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٥] : (**ولو وُجد كافرٌ بدارنا فقال : « دخلت لسماع كلام الله تعالىٰ » أو « رسوله » أو « بأمان » . . صُدّقَ**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محله : فيما إذا ادعىٰ ذلك قبل أن يصير في قبضة الإمام ، فإن صار في قبضته أسيراً . . فلا يصدق إلا ببينة ، قال الروياني : وما اشتهر أن الرسول آمِنٌ . . هو في رسالة فيها مصلحة المسلمين من هدنة وغيرها ، فإن كان في وعيد وتهديد . . فلا ، ويتخير فيه بين الخصال الأربع كالأسير .

وقال النووي : ليس ما ادعاه بمقبول ، **والصواب** : أنه لا فرق ، وأنه آمن مطلقاً[١] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو **المعتمد** ؛ فإن رسولَي مسيلمة حضرا بكتابه وليس فيه مصلحة للمسلمين ، وقال لهما النبي صلي الله عليه وسلم : « لولا أن الرسل لا تقتل . . لضربت أعناقكما » رواه البيهقي[٢] .

٥٣٧٦ـ قوله : (**وعليه الإجابة إذا طلبوا، إلا جاسوساً نخافه**)[٣] قال الرافعي : فلو خاف غائلتهم وأن ذلك مكيدة . . لم يجبهم[٤] ؛ ولعله المراد بقوله : (**إلا جاسوساً نخافه**) واستثني مع ذلك أموراً:

أحدها : الأسير الكامل يتخير فيه الإمام بين الأمور الأربعة ولا تجب عليه إجابته لعقد الجزية كما نص عليه في « الأم » ، حكاه شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، **والأظهر** في « أصل الروضة » في هـٰذه الصورة : تحريم القتل دون الاسترقاق[٥] ، ومقتضاه : أنه لا يجب تقريره بالجزية ، وتردد شيخنا في جواز إجابته لذلك ، ثم **رجح** : أنه إن كان له من يحارب عنه ؛ كملك له جيش أو مطاع صاحب عشيرة . . جاز تقريره ؛ لأن له قوة في المعنىٰ ، وإلا . . فلا ، قال : ولم أر من تعرض له .

ثانيها : ظاهر كلام الأصحاب أن الذمي إذا انتقض عهده كذلك تفريعاً على **الأظهر** أنه كالأسير ، **ورجح** شيخنا : أنه أولىٰ بأن لا يجاب إلى الجزية من الأسير ؛ لزيادته عليه بنقضه العهد ، ولو اطلعنا علىٰ حربي دخل دارنا بغير أمان فبذل الجزية . . وجب قبولها **على المذهب** في « أصل الروضة »[٦] ، **ورجح شيخنا** : أنه لا يجب إجابته ، بل لا يجوز ، إلا إذا كان له بعشيرته قوة كما تقدم في الأسير .

---

(١) انظر « الروضة » (١٠/٢٩٩) .
(٢) سنن البيهقي الكبرىٰ (١٨٥٥٦) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٢٥) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١١/٤٩٧) .
(٥) الروضة (١٠/٢٩٨) .
(٦) الروضة (١٠/٢٩٨) .

ثالثها : إذا نزل أهل قلعة علىٰ حكم حاكم فحكم بالقتل أو الإرقاق . . لم يجب تقريرهم بالجزية لو طلبوا ، وهل للإمام تقريرهم ؟ تردد فيه شيخنا ، وقال : لم أره منقولاً ، **والأرجح** هنا : الجواز ؛ لأنهم في قوة ؛ بدليل أنهم إذا لم يتم الأمر . . يردون إلىٰ قلعتهم .

٥٣٧٧ـ قوله : **(ولا تعقد إلا لليهود والنصارىٰ والمجوس وأولاد من تهود أو تنصر قبل النسخ أو شككنا في وقته)**[١] فيه أمور :

أحدها : اعترضه شيخنا في « تصحيح المنهاج » : بأنه كلام لا يظهر منه المقصود ، وصواب العبارة : (ولا تُعقد إلا ليهودي أو نصراني أو مجوسي إن دخل هو أو أحد أصوله في التهود أو التنصر قبل النسخ . . . إلىٰ آخره) وعبارة « التنبيه » مثلها ؛ فإنه قال [ص ٢٣٧] : **(ويجوز أن يعقد لليهود والنصارىٰ والمجوس ولمن دخل في دين اليهود والنصارىٰ ولم يعلم هل دخل قبل النسخ والتبديل أو بعده)** بخلاف عبارة « الحاوي » فإنه قال [ص ٦١٥] : **(زعم التمسك بكتاب كالمجوس لم يعلم اختيار**[٢] **جده حين نُسِخ)** فجعل ذلك قيداً لا معطوفاً علىٰ ما تقدم .

ثانيها : يرد عليهم جميعاً : إذا تهود الأصل أو تنصر قبل النسخ لكن انتقلت ذريته عن دين أهل الكتاب بعد نزول القرآن أو قبله . . فلا تعقد لهم جزية كما نص عليه في « الأم »[٣] .

ثالثها : دخل في تعبير « المنهاج » بالأولاد و« الحاوي » (بالجد) ما إذا كان الداخل في التهود أو التنصر قبل النسخ أباً له أو أماً ، وهو مقتضىٰ قول « المنهاج » الآتي [ص ٥٢٥] : **(ومن أحد أبويه كتابي والآخر وثني على المذهب)** لكن عبارة « الروضة » وأصلها : دخل آباؤهم[٤] ، وهـٰكذا في نص الشافعي[٥] ، ومقتضاه : أنه لو دخل الأب في التنصر بعد النسخ ودخلت الأم فيه قبله . . لم يقر المتولد منهما بالجزية ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه **المعتمد في الفتوىٰ** .

رابعها : لم يذكر « التنبيه » و« المنهاج » إلا التهود والتنصر قبل النسخ دون التمجس ؛ لأنه لم ينتقل أحد من العرب إلى المجوسية ، ولو ذكر ليعرف حكمه . . لكان أحسن ، وقد تناولته عبارة « الحاوي » المتقدمة ، وعبارة الشافعي رضي الله عنه تتناوله أيضاً .

خامسها : ذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » أن الشافعي رحمه الله إنما علق ذلك علىٰ نزول الفرقان لا على النسخ ، وهو **المعتمد** ؛ لتأخر النسخ في الأحكام عن البعثة .

سادسها : ظاهر قولهم : **(بعد النسخ)** أن التهود بعد بعثة عيسىٰ عليه السلام لا يقر بالجزية ،

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٢٥) .
(٢) في « الحاوي » : (اختار) .
(٣) الأم (٤/١٧٥) .
(٤) فتح العزيز (١١/٥٠٧) ، الروضة (١٠/٣٠٥) .
(٥) انظر « الأم » (٤/١٧٥) .

وهو **الأصح** في « الروضة » وأصلها[1] ، لكن نص في « الأم » على اعتبار الدخول قبل نزول الفرقان مطلقاً[2] .

سابعها : **الأصح** : تقرير الداخل بعد التبديل مطلقاً ، وذكر « التنبيه » له مع النسخ يفهم خلافه ؛ ولهـٰذا اقتصر « المنهاج » و« الحاوي » على النسخ .

٥٣٧٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٧] : (**ومن تمسك بدين إبراهيم وشيث وغيرهما من الأنبياء عليهم السلام . . فقد قيل : يعقد لهم ، وقيل : لا يعقد لهم**) **الأصح** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٥٢٥] : (**وكذا زاعم التمسك بصحف إبراهيم وزبور داوود عليهم السلام**) وهو داخل في قول « الحاوي » [ص ٦١٥] : (**زعم التمسك بكتاب**) ، وقال الماوردي بعد ذكر الوجهين : وإطلاقهما عندي غير صحيح ، والواجب اعتبار كتابهم ، فإن تضمن تعبداً وأحكاماً يكتفي به أهله عن غيره . . كان كالتوراة والإنجيل في ثبوت حرمته وإقرار أهله ، وإلا . . لم يجز إقرارهم عليه[3] ، وهو المفهوم من تعبير « التنبيه » بالدين ؛ لأنه لا يمكن التمسك بدين إلا بعد معرفة أحكامه .

٥٣٧٩ـ قول «المنهاج» [ص ٥٢٥] : (**ومن أحد أبويه كتابي والآخر وثني على المذهب**) لا يخفىٰ أن محله : ما إذا اختار دين أهل الكتاب ، فإن اختار التوثن . . لم يقر ، وإن لم يختر شيئاً . . فهل نقول : لا يعقد له حتىٰ يختار دين أهل الكتاب ، أو طلبه عقد الجزية اختيار لدين أهل الكتاب ؟

قال شيخنا في « تصحيحه » : هـٰذا محتمل ، **والأرجح** : الأول ، ولم أَرَ مَنْ تعرض لذلك ، وتقدم أن نصوص الشافعي على اعتبار الآباء ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لم أجد له نصاً شاهداً لجواز تقرير من أبوه وثني وأمه كتابية بالجزية ويوافق ما ذكره شيخنا : قول « التنبيه » [ص ٢٣٧] : (**ولا يعقد لمن ولد بين وثني وكتابية ، وفيمن ولد بين كتابي ووثنية قولان ، أصحهما : أنه يعقد له**) فجعل الثانية محل الخلاف ، وقطع في الأولىٰ بالمنع .

٥٣٨٠ـ قوله : (**وأما السامرة والصابئة . . فقد قيل : يجوز أن يعقد لهم ، وقيل : لا يجوز**)[4] **المذهب** في « أصل الروضة » : أنهم إن خالفوا اليهود والنصارىٰ في أصول دينهم . . فليسوا منهم ، وإلا . . فمنهم ، وهـٰكذا نص عليه ، وعليه يحمل النصان الآخران ، وهـٰذا فيما إذا لم يكفرهم اليهود والنصارىٰ ، فإن كفروهم . . لم يقروا قطعاً ، فإن أشكل أمرهم . . ففي تقريرهم احتمالان ذكرهما الإمام ، **الأصح** : الجواز[5] .

---

(١) فتح العزيز (١١/ ٥٠٧) ، الروضة (١٠/ ٣٠٥) .
(٢) الأم (٤/ ١٧٥) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١٤/ ٢٨٨) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٧) .
(٥) الروضة (١٠/ ٣٠٦) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٨/ ١١) .

٥٣٨١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٧] : (**ولا يؤخذ من امرأة**) كذلك الخنثىٰ ، كما صرح به « المنهاج »[(١)] ، ويدل عليه تعبير « الحاوي » بالذكر ، فلو بانت ذكورة الخنثىٰ . . ففي الأخذ منه للسنين الماضية وجهان ، قال النووي : ينبغي **تصحيح** الأخذ[(٢)] ، وجزم به في شرح « المهذب » في (نواقض الوضوء)[(٣)] .

وقال في « المهمات » : ينبغي تصحيح عكسه ؛ فإنه لو دخل حربي دارنا وبقي سنة ثم اطلعنا عليه . . لا نأخذ منه شيئاً لما مضىٰ **على الصحيح** ؛ لعدم التزامه ، فهـٰذا أولىٰ ؛ لتحققنا الأهلية هناك دون هنا .

قلت : لعل صورته أن يكون صدر معه عقد جزية في حال إشكاله ، ثم تبين بظهور حاله صحة العقد كما لو عقد النكاح بخنثيين ثم بانت ذكورتهما ، وقد أشار لذلك شيخنا الإمام البلقيني .

٥٣٨٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٧] : (**ولا عبد**) كذلك المبعض ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٥٢٥] : (**ومن فيه رق**) ويوافقه تعبير « الحاوي » بالحر[(٤)] .

٥٣٨٣ـ قول « الحاوي » [ص ٦١٦] : (**دون زمن الجنون المتقطع**) محله : ما إذا كثر زمنه ، فإن قل ؛ كساعة من شهر . . فلا عبرة به ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٥٢٥] : (**فإن تقطع جنونه قليلاً ؛ كساعة من شهر . . لزمته ، أو كثيراً ؛ كيوم ويوم . . فالأصح : تلفيق الإفاقة ، فإذا بلغت سنة . . وجب**) وفرض « التنبيه » الخلاف أيضاً في الكثير فقال : (**وإن كان منهم من يجن يوما ويفيق يوماً . . فالمنصوص : أنه تؤخذ منه الجزية آخر الحول ، وقيل : تلفق أيام الإفاقة ، فإذا بلغ قدرها حولاً . . وجبت عليه الجزية وهو الأظهر**)[(٥)] ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : والذي نقوله : أن جنونه أياماً في أثناء الحول لا يؤثر ، ويجب عليه جميع الجزية ، ولا يحسب له نظير أيام الجنون من السنة الثانية كما نص عليه ، فإن كثر التقطع . . قضي بموجب النص الآخر ، **والأرجح** : اعتبار التلفيق ، وليس في عبارة « التنبيه » و« المنهاج » ولا غيرهما ضابط القليل والكثير ، وظاهر كلامهما في الكثير التعليق على الأيام التي بلغت سنة ، فتكون عددية ، وليس كذلك ، وإنما هي سنة هلالية ، ومهما كان فيها من أيام الجنون يحسب ويؤخذ بقدره من الإفاقة التي بعدها ، فإذا كان في السنة الهلالية سبعة أشهر ناقصة وخمسة تامة . . فالناقصة خارجة من البين ، ويلفق أيام الجنون من السنة التي بعدها ، ذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : ليس هـٰذا كالأشهر المنكسرة ، فينكسر

---

(١) المنهاج (ص ٥٢٥) .
(٢) انظر « الروضة » (١٠/ ٣٠٢) .
(٣) المجموع (٢/ ٦٥) .
(٤) الحاوي (ص ٦١٥) .
(٥) التنبيه (ص ٢٣٨) .

الجميع ؛ لأن الأشهر هناك أجل والأجل هنا سنة ، فلا يكون التلفيق من الأشهر مقتضياً لانكسارها .

٥٣٨٤ـ قولهما : (**فيما لو بلغ ابن ذمي وبذلها . . عقد له**)[1] يتناول ما إذا بلغ سفيهاً ، وفيه تفصيل ، حاصله أن للسفيه أن يعقد بدينار بغير زيادة ، وأن عقده إنما يكون عند إباء وليه ، ذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وعبارة « أصل الروضة » : **المذهب** : أنه لا يصح عقد السفيه والولي بالزيادة[2] .

٥٣٨٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٧ ، ٢٣٨] : (**وفي الشيخ الفاني والراهب قولان ، وفي الفقير الذي لا كسب له قولان ، أحدهما : لا تجب عليه ، والثاني : تجب ، ويطالب به إذا أيسر**) **الأظهر** في الكل : الوجوب ، وهو ظاهر إطلاق « الحاوي »[3] ، وصرح به « المنهاج » فقال [ص ٥٢٦] : (**والمذهب : وجوبها علىٰ زَمِنٍ وشيخٍ هرمٍ وأعمىً وراهبٍ وأجيرٍ وفقيرٍ عجز عن كسبه ، فإذا تمت سنة وهو معسر . . ففي ذمته حتىٰ يوسر**) وفي تعبيره في الفقير بالمذهب نظر ؛ فليس فيه إلا قولان ، كذا في « الروضة » وأصلها[4] ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ومحل الخلاف في الشيخ ونحوه : إذا لم يكن ذا رأي ، فإن كان ذا رأي . . فإنه تضرب عليه الجزية قولاً واحداً ، وقد قيد محل الخلاف بذلك الشيخ أبو حامد والقاضي حسين .

٥٣٨٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٦] : (**ويُمنع كل كافر من استيطان الحجاز**) لو عبر بالمقام كما في « التنبيه »[5] ، أو بالإقامة كما في « الروضة »[6] ، أو بالقرار كما في « الحاوي »[7] ، أو بالسكنىٰ كما عبر به الشافعي رضي الله عنه[8] . . لكان أولىٰ ؛ فإن الاستيطان أخص منها ، ولا يتقيد الحكم به ، فمطلق الإقامة كذلك ، ثم محل هـٰذا في غير حرم مكة ، فأما حرم مكة . . فيمنعون من دخوله مطلقاً ، وقد ذكره الثلاثة بعد ذلك .

٥٣٨٧ـ قولهما : (**وهو مكة والمدينة واليمامة وقُرَاها**)[9] وعبارة « التنبيه » [ص ٢٣٨] : (**ومخاليفها**) ، وهي عبارة الشافعي رضي الله عنه[10] ، وهي بمعناها .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٧) ، و« المنهاج » (ص ٥٢٥) .
(٢) الروضة (١٠/٣٠١) .
(٣) الحاوي (ص ٦١٧) .
(٤) فتح العزيز (١١/٥٠٤) ، الروضة (١٠/٣٠٧) .
(٥) التنبيه (ص ٢٣٨) .
(٦) الروضة (١٠/٣٠٨) .
(٧) الحاوي (ص ٦١٥) .
(٨) الأم (٤/١٧٧) .
(٩) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٨) ، و« المنهاج » (ص ٥٢٦) .
(١٠) انظر « الأم » (٤/١٧٨) .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إن الضمير في قوله : (**وقراها**) يعود على الحجاز ، وهـٰذه بلاد الحجاز لا نفس الحجاز ، وفيما ذكره نظر ، والظاهر عوده علىٰ مكة والمدينة واليمامة ، وأن قراها من نفس الحجاز ، ويوافق ذلك قول « الحاوي » [ص ٦١٦] : (**في غير مكة والمدينة واليمامة وقراها**) فإنه ليس في كلامه ذكر الحجاز حتىٰ يتخيل عود الضمير إليه ، وأيضاً فالحجاز مذكر فكيف يعاد عليه الضمير مؤنثاً ؟!

٥٣٨٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٦] : (**وقيل : له الإقامة في طرقه الممتدة**) كان ينبغي التعبير عنه بما بين البلاد مما ليس موضع إقامة عادة ؛ فإن الطرق الممتدة لا يجوز إقامة أحد بها ، لا مسلم ولا كافر، ومحل هـٰذا الوجه: في الذمي وفي غير الحرم ؛ فإن الكلام ليس فيه ؛ بدليل ذكره بعد ذلك .

٥٣٨٩ـ قولهما ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**فإن أذن لهم في الدخول لتجارة أو رسالة . . لم يقيموا أكثر من ثلاثة أيام**)[1] المراد : غير يومي الدخول والخروج ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٦١٦] : (**ومن إقامة الحجاز مدتها**) أي : مدة الإقامة ، والثلاثة غير يومي الدخول والخروج ، وليست مدة إقامة ، ثم محل ما ذكروه في التجارة : في الذمي ، أما الحربي . . فلا يمكن من دخول الحجاز للتجارة ، قاله شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وحكىٰ نصاً للشافعي يقتضيه ، قال : وعلىٰ مقتضاه جرى الأصحاب ، ودخل في عبارتهم المرأة ؛ فهي في ذلك كالرجل ، وقد نص عليه ، وقل من ذكره ، ولو تنقل من قرية إلىٰ قرية وأقام بكل واحدة ثلاثاً . . لم يمنع ، وقد يفهم كلامهم خلافه .

٥٣٩٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٦] : (**ويمنع دخول حرم مكة ، فإن كان رسولاً . . خرج إليه الإمام أو نائب يسمعه**) هو المراد بقول « الحاوي » [ص ٦١٦] : (**وللرسولِ خرجَ سامعٌ**) .

٥٣٩١ـ قولهم : (**فإن دُفن . . نُبِشَ وأُخرج**)[2] محله : ما لم يتقطع ، فإن تقطع . . لم ينبش كما قاله الجمهور ونص عليه الشافعي[3] ، وفي « الكافي » للخوارزمي بعد ذكر هـٰذا : وقيل : قال الشافعي في موضع : إن أمكن النبش وجمع عظامه . . نُبِش ورمي عظامه إلى الحل .

٥٣٩٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٦] : (**وإن مرض في غيره من الحجاز وعظُمت المشقة في نقله . . تُرك**) عبارة « الحاوي » [ص ٦١٦] : (**لا إن مرض وشق نقله**) فاعتبر مطلق المشقة لا عظمها ، والأول هو الموافق لتعبير « الروضة » ، وقوله : وجواب جمهور الأصحاب أنه لا ينقل مطلقاً[4] ؛ أي : مع عظم المشقة في نقله ، وإن كانت عبارته توهم خلاف ذلك ، وترد هـٰذه

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٨) ، و« المنهاج » (ص ٥٢٦) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٩) ، و« الحاوي » (ص ٦١٦) ، و« المنهاج » (ص ٥٢٦) .

(٣) انظر « الأم » (٤/ ١٧٨) .

(٤) الروضة (١٠/ ٣١٠) .

المسألة علىٰ إطلاق « التنبيه » أنهم يمنعون من المقام في الحجاز .

٥٣٩٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٦] : (**فإن مات وتعذر نقله . . دفن هناك**) محله : في الذمي ، فأما الحربي . . فلا يجب دفنه ، بل في وجه : لا يجوز ، وتغرى الكلاب عليه ، فإن دفن ؛ فلئلا يتأذى الناس بريحه ، فهـٰذا يواريٰ مواراة الجيف ، والمرتد كالحربي .

واحترز بتعذر نقله عما إذا مات في طرف الحجاز . . فإنه ينقل ، قال الرافعي : وأطلق أكثرهم أنه يدفن فيه ، وقال البغوي : إن أمكن نقله قبل التغير . . نقل ، وإلا . . فلا ، وقال الرافعي : إنه تفصيل جيد(١) .

٥٣٩٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٩] : (**ولا يدخلون سائر المساجد إلا بإذن**) أورد عليه : أنه إن أراد بسائر : الجميع . . انتقض بالمسجد الحرام ؛ فإنهم لا يدخلون بإذن ولا غيره ، وإن أريد به : الباقي . . فلم يتقدم لغيره من المساجد ذكر ليكون هـٰذا باقيه .

وأجيب عنه : بأن المراد : الباقي ، وقد دخل المسجد الحرام في عموم الحرم ، وإنما يجوز الإذن ؛ للحاجة ، لا للأكل والشرب ، وجلوس الحاكم إذن إن كان له خصومة .

٥٣٩٥ـ قوله : (**وإن كان جنباً . . فقيل : لا يمكن من اللبث في المسجد ، وقيل : يمكن**)(٢) الثاني هو **الأصح** .

فصل

[في الجزية]

٥٣٩٦ـ قولهما : (**أقل الجزية دينار**)(٣) قال الرافعي : هـٰذا هو **المنصوص** الموجود في كتب الأصحاب ، قال الغزالي تبعاً للإمام : أو اثنا عشر درهماً نقرة خالصة مصكوكة ، يتخير الإمام بينهما ، قال الإمام : ولم يقابل الدينار في غيرها إلا بعشرة ، قال : ورأيت في كلام الأصحاب أن الأصل الدينار ولا يقبل الدراهم إلا بالقيمة كالسرقة ، قال : وهو **متجه** ، ولولا قضاء عمر رضي الله عنه بالترديد بينهما . . لما كان للدرهم وجه ، والأخبار كلها ذاكرة للذهب(٤) .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : كلامه يقتضي أن الذهب متعين لصحة العقد ، وليس كذلك ؛ فإن العقد يجوز على المتقومات والمثليات إذا كانت قيمتها لا تنقص عن دينار خالص

---

(١) انظر « التهذيب » (٧/ ٥١٤) ، و« فتح العزيز » (١١/ ٥١٦ ، ٥١٧) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٩) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٧) ، و« المنهاج » (ص ٥٢٦) .

(٤) فتح العزيز (١١/ ٥١٩) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٨/ ١٨) ، و« الوجيز » (٢/ ١٩٩) .

مضروب ، وقد قال الشافعي رضي الله عنه فيما حكاه البيهقي : صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران علىٰ حلل يؤدّونها إليه ، فدل صلحه إياهم علىٰ غير الدنانير أنه يجوز ما صولحوا عليه[1] ، وهو مقتضىٰ كلام الأصحاب في صورة تضعيف الصدقة ، وسيأتي ذكرها .

وقول « الحاوي » [ص ٦١٦] : (**بقدر دينار وأكثر**) يحتمل أن يشير به إلىٰ ما ذكره الإمام والغزالي من التخيير بينه وبين اثني عشر درهماً ، وإلىٰ ما ذكره شيخنا من جوازه علىٰ ما كان قيمته ديناراً من أي شيء كان ، والأول أقرب ؛ لاعتياده متابعة الغزالي ، والثاني مقتضىٰ لفظه .

واستثنىٰ شيخنا في « تصحيح المنهاج » من ذلك مسألتين :

إحداهما : أن في « أصل الروضة » في صورة تضعيف الصدقة عند ذكر الإشكال الثاني : أنه وإن وفى المأخوذ بدينار لكل رأس . . فربما كان فيهم من لا يملك مالاً زكويّاً ، فيكون قد قرر بلا جزية ، ولا يجوز وإن بذل غيره أكثر من دينار ، كما لو قال واحد : خذوا مني عشرة دنانير علىٰ أن لا جزية علىٰ تسعة معي . . أن الأكثرين أجابوا عنه بأن المأخوذ من أصحاب الأموال الزكوية مأخوذ عنهم وعن الآخرين ، ولبعضهم أن يلتزم عن نفسه وعن غيره ، وغرضنا تحصيل دينار عن كل رأس ، وقال أبو إسحاق : لا يجوز ؛ لأن فيه تقرير بعضهم بلا مال ، وأُجري الوجهان فيما لو التزم واحد عشرة دنانير عنه وعن تسعة[2] ، قال شيخنا : لكن نص في « الأم » علىٰ أن أحداً من رجالهم لا يكون خلياً من الجزية[3] ، وهو شاهد لأبي إسحاق ؛ فالاستثناء على الأول ، ونظير ذلك مصالحتهم وهم في بلادهم علىٰ أداء الخراج ، وضرب ذلك علىٰ أراضيهم .

الثانية : إذا افتتح الإمام أرضاً عنوة أو صلحاً علىٰ أن الأرض للمسلمين ، فساقىٰ أهلَها على الشجر وما يتبعها . . فإنه يجوز أن يقيموا في تلك الأرض سنين بلا جزية ، أو بجزية منطوية مع الشطر من التمر والزرع في مقابلة العمل ، ولا يشترط في هـٰذه الجزية أن تبلغ ديناراً لكل رأس ، قال شيخنا : وذلك يستنبط من قضية خيبر ، وقد أشار الشافعي رضي الله عنه إليه[4] ، وهو متعيّن لا بد منه ، ولم ينقل عن النبي عليه الصلاة والسلام ولا عن صاحبيه رضي الله عنهما أنهم أخذوا منهم غير ما صدرت عليه المعاملة ، فمن ادعىٰ أخذ الجزية منهم . . فعليه البيان ، وحكىٰ شيخنا ما في « أصل الروضة » عن « البحر » عن ابن أبي هريرة : أنه أسقط الجزية عن أهل خيبر ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام ساقاهم ، وجعلهم خولاً ، وقول « البحر » هـٰذا شيء تفرد به ، والمساقاة معاملة

---

(١) انظر « معرفة السنن والآثار » (٧/١٢١) ، (٥٥٢٦) ، و« سنن البيهقي الكبرىٰ » (١٨٤٥٩) .

(٢) الروضة (١٠/٣١٦ ، ٣١٧) .

(٣) الأم (٤/٢٠٠) .

(٤) انظر « الأم » (٤/١٨٩) .

لا تقتضي إسقاط الجزية[1] ، ثم قال شيخنا : خيبر من الحجاز ؛ فإقامة اليهود فيها متعذرة في زماننا ، وكلام ابن أبي هريرة هو في أولـٰئك الذين صدرت معهم المعاملة ، فهو قريب مما قررناه . انتهىٰ .

ويمكن أن يندرج في عبارة « التنبيه » و« المنهاج » ما إذا صولحوا صلحاً فاسداً . . فلا يجب المسمىٰ ، بل دينار ، وهـٰذا هو المنقول في « أصل الروضة » ، لكن حكىٰ شيخنا عن النص : أنه ليس له أن يأخذ من أحد منهم إلا ما صالحه عليه ، ثم حكىٰ نصاً آخر لفظه : (دعاهم إلىٰ أن يعطوا الجزية علىٰ ما يصلح)[2] وهـٰذا موافق لـ« الروضة » ، ثم رجح شيخنا حمل الأول علىٰ ما إذا كان المسمىٰ ناقصاً عن دينار ، والثاني علىٰ ما إذا زاد عليه ، قال : ولم أر من تعرض لذلك .

٥٣٩٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٦] : (**ويستحب للإمام مماكسةٌ حتىٰ يأخذ من متوسطٍ دينارين وغنيٍّ أربعاً**) فيه أمور :

أحدها : المراد : المماكسة حتىٰ يعقد علىٰ صفة التوسط بدينارين وعلىٰ صفة الغنىٰ بأربعة ، فيأخذ عند تمام الحول منهم ما عقد عليه إن وجدت الصفة آخر الحول ؛ فإن الاعتبار بوقت الأخذ لا بوقت العقد ، حكاه في « أصل الروضة » عن النص[3] ، ونقل ابن الرفعة عن الأصحاب : أنه ليس للعاقد إذا قدر على العقد بمئة دينار أن ينقص منها دانقاً .

ثانيها : قال الإمام : محل المماكسة : إذا لم يعلم الكافر جواز الاقتصار علىٰ دينار ، فإن علم . . تُطلب[4] الزيادة استماحة[5] ، فإن امتنعوا من بذل ما زاد علىٰ دينار . . وجب تقريرهم بالدينار ، وهو معنىٰ قول « الحاوي » [ص ٦١٧] : (**فإن منع . . قَبِلَ**) .

ثالثها : يستثنىٰ من المماكسة : السفيه ؛ فإنه لا يعقد له بأكثر من دينار كما تقدم ، ويستثنىٰ ذلك أيضاً من قول « التنبيه » [ص ٢٣٧] : (**وأكثره ما وقع عليه التراضي**) ولذلك قال « الحاوي » [ص ٦١٧] : (**وله أن يماكس لا لسفيهٍ**) لكنه قال قبل ذلك : (**بدينار وأكثر**)[6] ولم يقيده ، فلو ذكر القيد هناك . . لكان أحسن .

٥٣٩٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٦] : (**ولو عقدت بأكثر ثم علموا جواز دينارٍ . . لزمهم ما التزموه ، فإن أبوا . . فالأصح : أنهم ناقضون**) فيه أمور :

---

(١) الروضة (١٠/٣٠٧) .
(٢) انظر « الأم » (٤/٢٠٧) .
(٣) الروضة (١٠/٣١٢) .
(٤) في بعض النسخ : (بطلب) ، وفي أخرىٰ : (بطلنا) ، ولعل الصواب ما أثبت من « روضة الطالبين » (١٠/٣١٢) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٨/١٨) .
(٦) الحاوي (ص ٦١٦) .

أحدها : أنه يقتضي تخصيص الخلاف في النقض بما إذا علموا ذلك بعد العقد ، وكذا في « الروضة » وأصلها[1] ، ولم يقيده بذلك في « التهذيب » ، وإنما فرضه في امتناعهم عن الزيادة[2] ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٦١٧] : (**فإن زاد** .. **لم ينفع الندم**) إلا أنه لم يتعرض للنقض .

ثانيها : كان ينبغي أن يقول : (على النص) فإنه منصوص في « الأم »[3] ، أو (على الصحيح) إن لم يطلع على النص ؛ لأن الخلاف ضعيف ولا سيما مع العلم .

ثالثها : محل ذلك : في غير المدفوع باسم الصدقة ؛ ففي « أصل الروضة » : وإذا شرط ضعف الصدقة ، وزاد علىٰ دينار ، ثم سألوه إسقاط الزيادة وإعادة اسم الجزية .. أجيبوا **على الصحيح**[4] .

قلت : ويمكن أن يكون محل ذلك بالنسبة إلى السنة المستقبلة ، أما ما استقر واجبه .. فلا يغير ، والله أعلم .

رابعها : قد يفهم من النقض تخير الإمام فيه بين الأمور الأربعة كما سيأتي ، وهو كذلك ، لكن لو عاد وطلب العقد بدينار .. أجبناه ، قال في « أصل الروضة » : هـٰكذا ذكره البغوي ، وأطلق الإمام أنه لا يغتال ، فإن طلب التجديد بدينار .. أجيب[5] ، وحكىٰ شيخنا في « تصحيح المنهاج » مثل مقالة البغوي عن النص .

٥٤٩٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٦] : (**ولو أسلم ذمي أو مات بعد سنين** .. **أخذت جزيتهن من تركته**) أي : في صورة الموت ، وتؤخذ في صورة الإسلام منه ، فسكت عن حكم أحد التصويرين ، وعبارة « التنبيه » [ص ٢٣٨] : (**ومن مات منهم أو أسلم بعد الحول** .. **أخذ منه جزية ما مضىٰ**) فقد يقال : أجاب عن الصورتين ؛ لأن الأخذ من تركته أخذ منه ، وقد يقال : ذكر جواب الإسلام دون الموت عكس « المنهاج » ، وأحسن « الحاوي » بقوله [ص ٦١٧] : (**وإن مات أو أسلم أو جن** .. **أخذ لما مضىٰ**) فضم إليهما الجنون ، وذكر حكم الكل .

ثم محل الأخذ من تركته : ما إذا كان له وارث ، وإلا .. فتركته كلها فيء ؛ فلا معنىٰ لأخذ الجزية منها ، ولو كان له وارث غير مستغرق .. أخذ من نصيب الوارث ما يتعلق به من الجزية ، وسقطت حصة بيت المال .

---

(١) فتح العزيز (١١/ ٥٢٠) ، الروضة (١٠/ ٣١٢) .
(٢) التهذيب (٧/ ٤٩٩) .
(٣) الأم (٤/ ٢٠٢) .
(٤) الروضة (١٠/ ٣١٨) .
(٥) الروضة (١٠/ ٣١٢) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٨/ ١٩) ، و« التهذيب » (٧/ ٤٩٩) .

٥٤٠٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٦] : (**ويُسوَّىٰ بينها وبين دين آدمي على المذهب**) كذا في « الروضة » وأصلها[١] ، وعبارة « الحاوي » [ص ٦١٧] : (**ويسوَّىٰ بالديون**) ، وكذا في « المحرر »[٢] ، ومقتضى الأولىٰ : تقديم الزكاة عليها ، ومقتضى الثانية : تسويتهما .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إن الأول أظهر ؛ فتكون عبارة « المنهاج » أحسن ، ثم إن كان كلامهما في صورة الموت . . اقتضىٰ تقديم دين الآدمي عليهما قطعاً في حالة حجر الفلس ، والمنصوص في « الأم » و« المختصر » : الاستواء ؛ حيث قال في الإعسار بالجزية : (فالسلطان غريم من الغرماء ، ليس بأحق بماله من غرمائه ولا غرماؤه منه)[٣] ، وإن كان كلامهما فيهما . . فهو مخالف لقوله في (الأيمان) : إن الخلاف لا يجري في المحجور عليه بفلس ، بل يقدم حق الآدمي ويؤخر حق الله تعالىٰ[٤] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : والظاهر حمل كلامه على الموت ، وكذا صورها في « الروضة » تبعاً لـ« الشرح » ، ويقاس عليه صورة الحجر بالفلس ويختص كلام « الروضة » في (الأيمان) بحقوق الله تعالى التي على التراخي ؛ ككفارة اليمين ؛ حيث لا تعدي يقتضي الفورية ، فأما الواجبة على الفور ؛ كالزكاة والجزية . . ففيها الخلاف ، **والمذهب** : التسوية بين الجزية وديون الآدميين في حالتي الموت وحجر الفلس .

٥٤٠١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٨] : (**ومن مات أو أسلم في أثناء الحول . . فقد قيل : يؤخذ منه لما مضىٰ ، وقيل : فيه قولان ، أحدهما : أنه لا يجب عليه شيء ، والثاني : يجب لما مضىٰ بقسطه وهو الأصح**) **الأصح** : طريقة القولين ، **وأصحهما** : الوجوب بالقسط كما ذكره ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٥٢٦] : (**أو في خلال سنة . . فقسطٌ ، وفي قول : لا شيء**) وهو داخل في عبارة « الحاوي » المتقدمة ؛ فإن قوله : (**أخذ لما مضىٰ**) يتناول السنة الكاملة وبعضها ، وقوله بعد ذلك : (**لا القسط من أهل الجزية**)[٥] أي : ليس للإمام أخذ القسط في أثناء الحول ممن لم يطرأ عليه موت ولا إسلام ولا جنون ، بل هو مستمر علىٰ أهلية الجزية ، فلو حجر عليه بفلس في أثناء السنة . . فمقتضىٰ كلامهم : أنه لا يؤخذ منه ذلك الوقت القسط ، وهو الجاري على القواعد ، لكن نص في « الأم » على الأخذ ، فقال : (وإن فلسه لأهل دينه قبل تحول الحول عليه . . ضرب مع

---

(١) فتح العزيز (١١/٥٢٢) ، الروضة (١٠/٣١٣) .
(٢) المحرر (ص ٤٥٦) .
(٣) الأم (٤/١٨٠) ، مختصر المزني (ص ٢٧٧) .
(٤) انظر « الروضة » (١١/٢٥) .
(٥) الحاوي (ص ٦١٧) .

غرمائه بحصة جزيته لما مضىٰ عليه من الحول)[1] حكاه شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : هٰذا فرع حسن لم أر من تعرض له .

٥٤٠٢ـ قول « الحاوي » [ص ٦١٨] : (**وأخذ لحيته ، وضرب لهازمه مطأطأ الرأس في الأداء**) تبع فيه الرافعي ، وعبارة « المنهاج » في اختصاره لـ« المحرر » : (**وتؤخذ بإهانةٍ ؛ فيجلس الآخذ ويقوم الذمي ويطأطىء رأسه ويحني ظهره ، ويضعها في الميزان ، ويقبض الآخذ لحيته ، ويضرب لهزمته**)[2] ثم اعترضه « المنهاج » فقال [ص ٥٢٧] : (**هٰذه الهيئة باطلة ، ودعوى استحبابها أشد خطأ**) وقال في « الروضة » : لا نعلم لها أصلاً معتمداً ، وإنما ذكرها طائفة من الخراسانيين ، وقال الجمهور : تؤخذ برفق كالديون ، **فالصواب** : الجزم بأنها باطلة مردودة علىٰ مخترعها ، فلم تنقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من الخلفاء الراشدين ، وقد قال الرافعي في أول (كتاب الجزية) : **الأصح** عند الأصحاب : تفسير الصَّغَار بالتزام الأحكام . انتهىٰ[3] .

ونص عليه الشافعي فقال : (ولم أسمع مخالفاً في أن الصَّغَار أن يعلو حكم الإسلام علىٰ حكم الكفر)[4] وعلىٰ ذلك مشى « التنبيه » فقال [ص ٢٣٧] : (**ويؤخذ ذلك منهم برفق كما تؤخذ سائر الديون**) ، وهنا أمور :

أحدها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محل هٰذا : في غير ما أخذت فيه الجزية باسم الصدقة ؛ فتلك لا يأتي فيها الوجهان ؛ لأنهم أنفوا من اسم الجزية . . فبالأولىٰ أن يأنفوا من هٰذا الفعل ، ولم أر من تعرض لذلك هنا ، ولا بد منه .

ثانيها : قوله : (**فيجلس الآخذ**) أي : المسلم ؛ فإنه لا يكون المستوفي لها إلا مسلماً سواء قلنا بهٰذه الطريقة أم لا ، بل لا يكون إلا عدلاً ، ذكره شيخنا أيضاً ، وقال : لم أر من تعرض له ، وقوله : (**ويضعها في الميزان**) أي : في الموزونات ، فلو أحضر ثوباً أو غيره . . وضعه في يد الآخذ أو حيث يأمره به ، وقوله : (**ويقبض لحيته**) فلو لم يكن له لحية . . هل **يقبض** من مجمع اللحيين ؟ لم يتعرضوا له ، قال شيخنا أيضاً : والظاهر أنه لا يقبض شيئاً ؛ لأن قبض ذلك ليس بإهانة في العرف ، بخلاف اللحية ، وقوله : (**ويضرب لهزمتيه**) هما مجتمع اللحم بين الماضغ والأذن ، ومقتضاه : أنه يضرب في كل لهزمة ضربة ، وهو مقتضىٰ قول « الحاوي » [ص ٦١٨] : (**وضرب لهازمه**) قال الرافعي : ويشبه أن يكفي الضرب في أحد الجانبين ، ولا يراعى الجمع

---

(١) الأم (٤/ ١٨٠) .
(٢) المحرر (ص ٤٥٦) ، المنهاج (ص ٥٢٦ ، ٥٢٧) .
(٣) الروضة (١٠/ ٣١٦) ، وانظر « فتح العزيز » (١١/ ٤٩٢) .
(٤) انظر « الأم » (٤/ ٢٧٩) .

بينهما[١] ، قال شيخنا أيضاً : والظاهر أنه يضربه بالكف مفتوحاً .

ثالثها : قول « المنهاج » : (**ودعوى استحبابها أشد خطأ**) كان ينبغي أن يقول : (بطلاناً) ويزيد : (ودعوىٰ إيجابها **أشد**) ولم يبين هل هي محرمة أو مكروهة ؟ قال شيخنا ابن النقيب : ولم أر من تعرض له ، ومقتضىٰ أنها كسائر الديون : تحريمُها[٢] .

٥٤٠٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٧] : (**وكله مستحب ، وقيل : واجب ، فعلى الأول : له توكيل مسلم بالأداء ، وحوالته عليه ، وأن يضمنها**) فيه أمور :

أحدها : أنه يقتضي جواز توكيل ذمي على الوجهين ، وكذا قول « الحاوي » [ص ٦١٨] : (**ويتوكل فيه المسلم**) لكن قال الإمام : **الوجه** طرد الخلاف في توكيل ذمي[٣] .

ثانيها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : التحقيق صحة التوكيل على الثاني أيضاً ، ولكن لا يمكن الوكيل من الدفع ، وفائدته فيما لو أسلم الموكل . فقد سقطت عنه الإهانة ، فيؤدي وكيله حينئذ .

ثالثها : قال شيخنا أيضاً : تصح الحوالة جزماً ، ثم المحال عليه يحيل بذلك على المحيل بدين آخر ثبت عليه ، والضمان أولىٰ بالصحة ؛ لأنه لا يمنع مطالبة الأصيل .

٥٤٠٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٧] : (**ويجوز أن يشرط عليهم بعد الدينار ضيافة من يمر بهم من المسلمين**) و« الحاوي » [ص ٦١٧] : (**ويزيد ضيافة المسلم المارّ**) فيه أمران :

أحدهما : أنه يستحب ذلك مع الإمكان كما صرح به « المنهاج »[٤] .

ثانيهما : أن محل الضيافة على الغني والمتوسط ، دون الفقير **في الأصح** كما ذكره « المنهاج » أيضاً[٥] ، وكان ينبغي أن يقول : (**على النص**) فقد نص عليه في « الأم »[٦] .

٥٤٠٥ـ قوله : (**وقيل : يجوز منها**)[٧] تختص الضيافة علىٰ هـٰذا الوجه بأهل الفيء ، حكاه الرافعي عن الروياني[٨] ، وأسقطه في « الروضة » .

٥٤٠٦ـ قولهم : (**ويذكر عدد الضيفان**)[٩] يقتضي أنه لا حصر لذلك ، ويوافقه قول « أصل

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١١/٥٢٧) .
(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/٤٦) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٨/١٧) .
(٤) المنهاج (ص ٥٢٧) .
(٥) المنهاج (ص ٥٢٧) .
(٦) الأم (٤/١٧٩) .
(٧) انظر « المنهاج » (ص ٥٢٧) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (١١/٥٢٤) .
(٩) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٧) ، و« الحاوي » (ص ٦١٧) ، و« المنهاج » (ص ٥٢٧) .

الروضة » : ثم إن تساووا في الجزية . . تساووا في الضيافة ، وإن تفاوتوا . . فاوت بينهم ؛ فيجعل على الغني ضيافة عشرين مثلاً ، وعلى المتوسط عشرة ، ثم قال : ولو شرط عدد الضيفان علىٰ جميعهم ، وقال : يضيفون في كل سنة ألف مسلم . . قال الروياني : يكفي ذلك ، ثم هم يوزعونها ، أو يتحمل بعضهم عن بعض[1] .

لكن حكىٰ شيخنا في « تصحيح المنهاج » عن النص في « الأم » أنه قال : (وعلى الموسع أن ينزل كل من مر به ما بين ثلاثة إلىٰ ستة لا يزيدون علىٰ ذلك ، وعلى الوسط أن ينزل كل من مر به رجلين وثلاثة لا يزيد عليهم)[2] .

٥٤٠٧ـ قولهما : (**رجالاً وفرساناً**)[3] لم يذكره « الحاوي » ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لا معنىٰ له ؛ لأن الأضياف لا يختلف عددهم ولا حالهم بكونهم رجالاً وفرساناً ، وإنما الذي يتعلق بالفرسان علف دوابهم ، وقد ذكره بعد ذلك .

٥٤٠٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٧] : (**ويبين قدر الطعام والأدم**) و« المنهاج » [ص ٥٢٧] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٦١٧ ، ٦١٨] : (**وجنس الطعام والأدم ، وقدرهما**) قيده الشافعي رضي الله عنه بأنه يكون من نفقة عامة أهله ؛ مثل الخبز والخل والزيت والجبن واللبن والحيتان والبقول المطبوخة[4] ، وقال الماوردي : جنسه غالب قوتهم وأدمهم ، وقدر الأدم : أكثره أربعة أرطال ، وأقله رطلان ، والثلاثة وسط ، وقدر الأدم معتبر بالعرف الغالب[5] .

٥٤٠٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٧] : (**ولكل واحدٍ كذا**) لو حذف الواو . . لكان أولىٰ ؛ لأنه بيان لما تقدم .

٥٤١٠ـ قولهم : (**والعلف**)[6] يقتضي أنه يشترط بيان جنسه وقدره ، وليس كذلك ؛ فيكفي الإطلاق ، ويحمل على التبن والحشيش ، ولا يجب الشعير إلا مع التصريح به ، وإن ذكره . . بيّن قدره ، ولا يعلف لكل واحد سوىٰ دابة واحدة كما نص عليه[7] .

٥٤١١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٧] : (**ومنزل الضيفان ؛ من كنيسةٍ وفاضل مسكن**) يقتضي تخصيص الإنزال بمن عليه الضيافة ، وهم الأغنياء والمتوسطون ، وليس كذلك ؛ فقد نص الشافعي

---

(١) الروضة (١٠/ ٣١٤) .

(٢) الأم (٤/ ١٩٩) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٧) ، و« المنهاج » (ص ٥٢٧) .

(٤) انظر « الأم » (٤/ ١٩٩) .

(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٤/ ٣٠٦) .

(٦) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٧) ، و« الحاوي » (ص ٦١٨) ، و« المنهاج » (ص ٥٢٧) .

(٧) انظر « الأم » (٤/ ١٩٩) .

رضي الله عنه علىٰ أنهم إذا كثروا . . أنزلهم أهل الحاجة في فضل مساكنهم ، وليست عليهم ضيافة[1] ، وكذا قال في « الروضة » : أو من بيوت الفقراء الذين لا يضيفون[2] ، ولا يرد ذلك على « التنبيه » و« الحاوي » لإطلاقهما الضيافة كما تقدم .

٥٤١٢ـ قولهم : (**ولا يزاد علىٰ ثلاثة أيام**)[3] هـٰذا هو **المشهور** من نصوص الشافعي رضي الله عنه[4] ، لكن له نص آخر يدل علىٰ أنه يجوز اشتراط أكثر من ثلاث ، وفي « أصل الروضة » بعد ذكره عدم الزيادة علىٰ ثلاث : وقال ابن كج : يشترط على المتوسط ثلاثة أيام ، وعلى الغني ستة ، وقال الإمام : إذا حصل التوافق على الزيادة . . فلا منع[5] .

٥٤١٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٧] : (**ويقسم ذلك علىٰ عددهم وعلىٰ قدر جزاهم**) أي : علىٰ عددهم إن استوت جزاهم ، وإلا . . فعلىٰ قدرها .

٥٤١٤ـ قوله : (**ويجوز أن يضرب الجزية على الأراضي ـ أي : علىٰ ما يخرج منها من ثمر وزرع ـ وعلىٰ مواشيهم**)[6] أي : الزكوية فيأخذها باسم الزكاة مضاعفة ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٦١٨] : (**ويضعف الزكاة بدله**) أي : بدل الدينار ، و« المنهاج » [ص ٥٢٧] : (**ويُضَعَّف عليهم الزكاة ؛ عن خمسة أبعرة : شاتان ، وخمس وعشرين : بنتا مخاضٍ ، وعشرين ديناراً : دينارٌ ، ومئتي درهم : عشرة وخُمُسُ المعشرات**) أي : إن سقيت بلا مؤنة ، وإلا . . فعشرها ، وهنا أمران :

أحدهما : إنما يقتصر على التضعيف إذا وفى الحاصل بقدر دينار لكل رأس ، وإلا . . زاد إلىٰ ثلاثة أضعاف وأكثر ، ويجوز الاقتصار علىٰ قدر الزكاة أو أقل إذا حصل الوفاء بالدينار ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٦١٩] : (**فزاد إن نقص عن دينار لكل ، ويُنصف إن وفىٰ**) واستحب جماعة زيادة شيء علىٰ قدر الصدقة ؛ لإسقاط اسم الجزية ، واستبعد الإمام المنع ؛ لما فيه من التشبيه بالمسلمين في المأخوذ ، وحط الصَّغَار بلا غرض مالي[7] .

ثانيهما : إن أريد : تضعيف الزكاة في كل شيء . . استثني منه زكاة الفطر ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لم يتعرض لها عمر رضي الله عنه في التضعيف ولا الشافعي ولا أحد من

---

(١) انظر « الأم » (١٩٩/٤) .
(٢) الروضة (٣١٤/١٠) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٧) ، و« الحاوي » (ص ٦١٧) ، و« المنهاج » (ص ٥٢٧) .
(٤) انظر « الأم » (١٩٩/٤) .
(٥) الروضة (٣١٤/١٠) ، وانظر « نهاية المطلب » (٢١/١٨) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٧) .
(٧) انظر « نهاية المطلب » (٦٩/١٨ ، ٧٠) .

الصحابة، وإن أريد: في الأموال التي ذكرها «المنهاج» . . ورد عليه زكاة التجارة والمعدن والركاز ؛ فقد نص في « الأم » و« المختصر » علىٰ تضعيفها عليهم[1] ، وإن أريد : مطلق الأموال الزكوية . . اقتضىٰ عدم الأخذ من المعلوفة ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو بعيد ، ولم أره في كلام الشافعي ولا أصحابه ، واقتضى اطراد سائر أحكام الزكاة فيه ، وفي كثير منها نظر وبُعْد .

٥٤١٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٧] : (**ولو وجب بنتا مخاض مع جبران . . لم يُضَعَّف الجبران في الأصح**) فيه أمور :

أحدها : صورة ذلك : أن يكون واجبه بنتي لبون ؛ لكون إبله ستة وثلاثين ، فيفقدهما ، فله النزول إلىٰ بنتي مخاض مع دفع الجبران ، والصعود إلىٰ حقتين مع أخذه ، فظهر أنه لم يجب بنتا مخاض عيناً .

ثانيها : قد يفهم من قوله : (**لم يضعف الجبران**) وكذا قول « الحاوي » [ص ٦١٨] : (**لا الجبران**) أنه يؤخذ مع بنتي مخاض جبران واحد ، وهو شاتان أو عشرون درهماً ، وليس كذلك ، والمراد : أن يؤخذ جبرانان بلا تضعيف ، فيؤخذ مع كل رأس شاتان أو عشرون درهماً ، فكان ينبغي أن يقول : (مع جبرانين . . لم يضعَّفا) وقد وقع في « الروضة » وأصلها هنا تخليط لا يفهم معه المراد ؛ سببه سقوط شيء من المسودة[2] .

ثالثها : كان ينبغي أن يقول : (**على النص**) فقد نص علىٰ ذلك في « الأم »[3] ، وبتقدير عدم الاطلاع عليه . . فيعبر بالصحيح ؛ لأن مقابله ضعيف جداً ، قال في « الوسيط » : إنه غلط[4] .

رابعها : مقتضىٰ كلامه : أن الخيرة في ذلك للمالك كما في الزكاة ، لكن نص الشافعي هنا علىٰ أن الخيرة للإمام[5] ؛ فقد يكون موافقاً لذلك القول ، وقد يفرق باتهام الكافر ، فلم يفوض الأمر إلىٰ خيرته .

٥٤١٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٧] : (**ولو كان بعض نصاب . . لم يجب قسطه في الأظهر**) يفهم تخصيصهما بما نقص عن نصاب ، وليس كذلك ، بل يجريان في الأوقاص التي بين النصب أيضاً ، ومحله : فيما إذا لم يخالط غيره ، فإن خلط عشرين شاة بعشرين لآخر . . أخذ منه شاة ؛ لأن الخلطة تقتضي علىٰ كل واحد نصف شاة ، فضعفنا ذلك ، وكان ينبغي التعبير بالمشهور ؛ لأن مقابله ضعيف جداً .

---

(١) الأم (٤/ ٢٠٠) ، مختصر المزني (ص ٢٧٨) .
(٢) فتح العزيز (١١/ ٥٣٠) ، الروضة (١٠/ ٣١٨) .
(٣) الأم (٤/ ٢٠١) .
(٤) الوسيط (٧/ ٧٦) .
(٥) انظر « الأم » (٤/ ٢٠١) .



[جملة من أحكام عقد الذمة]

٥٤١٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٧] : (**يلزمنا الكف عنهم ، وضمان ما نتلفه عليهم نفساً ومالاً**) يرجع ذكر النفس والمال إلى الكف والضمان ، لكن الكف لا يختص بالمال ، فنكف عن خمرهم وخنازير أيضاً إذا لم يظهروها ؛ ولهٰذا قال « الحاوي » [ص ٦١٩] : (**ويأمن نفساً ومالاً وزوجة وطفلاً وخمراً**) .

٥٤١٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٩] : (**وعلى الإمام حفظ من كان منهم في دار الإسلام**) كذا لو انفردوا ببلد بجوارنا في **الأصح** ؛ ولهٰذا أطلق « الحاوي » قوله [ص ٦٢٠] : (**وندفع عنه الكافر إن لم نشترط عدمه**) و« المنهاج » [ص ٥٢٧] : (**ودفع أهل الحرب عنهم ، وقيل : إن انفردوا ببلد.. لم يلزمنا الدفع**) وهٰذا الوجه مقيد بأمور :

أحدها : إن انفردوا ببلد في جوار دار الإسلام ؛ فإن كانوا في وسط دار الحرب.. لم يجب الذب عنهم قطعاً .

الثاني : أن يجري العقد مطلقاً ، فإن جرىٰ بشرط أن يذب عنهم أهل الحرب.. وجب الوفاء بالملتزم ، وفيه احتمال للإمام[١] .

الثالث : ألاَّ يمر أهل الحرب بشيء من دار الإسلام ، ومحل إطلاق « الحاوي » : أنه إذا شرط عدم الدفع عنهم.. لم يجب ما إذا انفردوا عن المسلمين وعن أهل الحرب ببلد ولم يكن ممر من يقصدهم من أهل الحرب على المسلمين ، فإن لم ينفردوا ببلد ، أو انفردوا وكان ممر أهل الحرب القاصدين لهم على المسلمين.. لم يصح الشرط ولا العقد ، وهو مفهوم من قوله في الجهاد : (**وإن دخلتْ ولو خراب دار الإسلام.. فُرض علىٰ كل قوي**)[٢] لأن أهل الذمة إذا كانوا في بلاد الإسلام ، أو في موضع يمر أهل الحرب علىٰ دار الإسلام.. فلا بد وأن يدخل من يقصدهم دار الإسلام .

٥٤١٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٨] : (**ونمنعهم إحداث كنيسة في بلد أحدثناه**) فيه أمران :

أحدهما : أن المراد : ما كان للتعبد ، فإن كان لنزول المارة.. فقال الماوردي : يجوز إن كانت لعموم الناس ، فإن قصروها علىٰ أهل دينهم.. ففيه وجهان[٣] .

ثانيهما : قالوا مع منع الإحداث : لا ينقض ما يوجد فيها الآن من ذلك إذا لم يعرف إحداثه ؛

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٣٦) .
(٢) انظر « الحاوي » (ص ٦٠٩) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١٤/ ٣٩٢) .

لاحتمال أنه كان في قرية أو برية فاتصلت بالعمارة .

٥٤٢٠- قوله : (**وما فتح عنوة . . لا يحدثونها فيه ، ولا يُقرُّون علىٰ كنيسة فيه في الأصح**)(١) سبقه إلىٰ تصحيحه الشيخ أبو حامد والمحاملي ، وقطع به جمع من المراوزة ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ولكنه مخالف لنص « الأم » و« المختصر » فإنه قال بعد ذكر الكنيسة : (إنما يصالحهم علىٰ ذلك في بلادهم التي وجدوا فيها ، ففتحوها عنوة أو صلحاً)(٢) ، قال : وممن صحح جواز التقرير على الكنيسة القائمة في صورة الفتح عنوة الماوردي(٣) ، وقال الروياني في « الكافي » : وإن فتحها المسلمون عنوة . . يجوز للإمام إقرار الكفار فيها باستطابة أنفس الغانمين ، وإقرارهم علىٰ مالهم من البيع والكنائس من غير أن يحدثوا غيرها كما فعل عمر رضي الله عنه في أرض العراق ، وغلط من قال بخلافه .

٥٤٢١- قول « الحاوي » [ص ٦٢٠] : (**وتُبقَّىٰ في بلدنا إن شُرط**) المراد ببلدنا هنا : ما فتح صلحاً علىٰ أن يكون للمسلمين وهم يسكنونه بخراج ، وأجحف في الاختصار في تعبيره عن ذلك ، وأوضحه « المنهاج » بقوله [ص ٥٢٨] : (**أو صلحاً بشرط الأرض لنا وبشرط إسكانهم وإبقاء الكنائس . . جاز**) ومفهومهما : أنهم لو صولحوا علىٰ إحداث الكنائس في البلد المذكور . . لم يجز ، وبه صرح الماوردي(٤) ، لكن في « أصل الروضة » عن الروياني وغيره جوازه(٥) .

٥٤٢٢- قول « المنهاج » [ص ٥٢٨] : (**أو لهم . . قُرِّرَتْ ، ولهم الإحداث في الأصح**) كان ينبغي أن يقول : (على النص) فقد نص عليه في « الأم »(٦) .

٥٤٢٣- قول « الحاوي » [ص ٦٢٠] : (**ويرمُّ ويعيد**) أي : حيث جوز الإبقاء ، وإنما ذكر هو جواز الإبقاء حيث فتح ؛ ليكون لهم أو لنا وهم يسكنونه ، ولم يتعرض لتقريرها في بلد الإسلام ، فلا يفهم منه جواز الرم والإعادة مطلقاً .

٥٤٢٤- قول « التنبيه » [ص ٢٣٨] : (**ولا يمنعون من إعادة ما استهدم منها ، وقيل : يمنعون**) ظاهره موافقة ما حكاه شيخنا عن النص والماوردي والروياني من جواز تقريرها فيما فتح عنوة(٧) ؛ لأن إعادة ما استهدم فرع جواز التقرير ، وقد يقال : إنما كلامه فيما فتح صلحاً ، وقال السبكي في

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٢٨) .
(٢) الأم (٤/٢٠٦) ، مختصر المزني (ص ٢٧٧ ، ٢٧٨) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١٤/٣٢١) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٤/٣٢١) .
(٥) الروضة (١٠/٣٢٣) .
(٦) الأم (٤/٢٠٦) .
(٧) انظر « الأم » (٤/٢٠٦) ، و« الحاوي الكبير » (١٤/٣٢١) .

تصنيف له سماه « كشف الدسائس » : **الصواب** : أن الضمير في كلامه يعم المسألتين ؛ أي : مسألة ما إذا تهدم بعض كنيسته . . هل يمنع من ترميمها ؟ وما إذا انهدمت كنيسة . . هل يمنع من إعادتها ؟ قال في « التوشيح » : وحاصل اختياره في مصنفاته في هدم الكنائس أنه لا يجوز التمكين من الترميم رأساً ، وقال في قول الرافعي : لا منع من إعادتها إذا استرمت[1] : أن الشيخ أبا حامد قد حكى الخلاف في ذلك ، وليس مجزوماً به ، بل مختلف فيه ، **والحق** المنع ، وقال في تعبير الرافعي وغيره بالجواز : أن فيه تسمحاً ، والمراد : عدم المنع ؛ فإن الجواز حكم شرعي ، ولم يرد الشرع بإباحة بقاء الكنائس ، وادعىٰ أن الأمة مجمعة علىٰ أنا لا نأذن في ذلك ، قال : وفرق بين الإذن وعدم الاعتراض ، وقال في قول « المنهاج » [ص ٥٢٨] : (**ولهم الإحداث في الأصح**) أن فيه أيضاً تجوزاً ، ومراده : عدم المنع ، قال : وعبارة « المحرر » سالمة من ذلك[2] ومن تمام تحقيقاته : أنه ادعىٰ أن من جوز الترميم والإعادة بما تهدم نفسه لا بآلات جديدة ، قال : وذلك هو مدلول لفظ الإعادة والترميم ، وطالب من يدعي خلاف ذلك بنقل عن واحد من علماء الشريعة ، قال : وبالجملة : **مشهور مذهبنا** : التمكين ، **والحق عندي** خلافه ، قال في « التوشيح » : ومن واضحات أدلته : قول عمر رضي الله عنه في شروطه : ولا يجدد ما خرب منها ، قال : فهٰذا يقتضي عدم تجديد ما خرب من الكنائس ، سواء أكان الذي خرب كنيسة بجملتها أم بعض كنيسة . انتهىٰ .

وقال شيخنا الإمام البلقيني في « حواشيه » : التحقيق في ذلك ما **صححه** الماوردي : أنه إن صارت دارسة . . فلا تعاد ؛ لما فيه من معنى الإنشاء ، وإن بقي منها جدران وآثار . . أعيدت[3] .

٥٤٢٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٨] : (**ويمنعون أن يعلوا على المسلمين في البناء**) المراد : جيرانهم المسلمون ، لا كل مسلم ؛ ولهٰذا قال « المنهاج » [ص ٥٢٨] : (**ويمنعون وجوباً ـ وقيل : ندباً ـ من رفع بناء علىٰ بناء جارٍ مسلمٍ**) وكذا قيده « الحاوي » بالجار[4] ، والمنع لحق الدين ، فلا يجوز برضا الجار .

٥٤٢٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٨] : (**ولا يمنعون من المساواة ، وقيل : يمنعون**) **الأصح** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[5] ، لكن حكىٰ شيخنا في « تصحيح المنهاج » عن نص « الأم » الاستحباب فقط ، وعبارته : (وأحب أن يجعلوا بناءهم دون بناء المسلمين

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١١/٥٣٩) .
(٢) في حاشية (ج) : (حيث قال : « ولا يمنعون من الإحداث في الأظهر ») . المحرر (ص ٤٥٧) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١٤/٣٢١) .
(٤) الحاوي (ص ٦٢٠) .
(٥) الحاوي (ص ٦٢٠) ، المنهاج (ص ٥٢٨) .

بشيء)[1] ، قال شيخنا أيضاً : ومحل ما أطلقوه من منع الرفع والمساواة : فيما إذا كان بناء المسلم مما يعتاد للسكنىٰ ، فلو كان قصيراً لا يعتاد للسكنىٰ ؛ لأنه لم يتم بناؤه ، أو لأنه هدمه ، أو انهدم إلىٰ أن صار كذلك . . لم يمنع الذمي من بناء جداره علىٰ أقل ما يعتاد السكنىٰ ؛ لئلا يتعطل عليه حق السكنى الذي عطله المسلم باختياره ، أو تعطل عليه لإعساره ، ثم إن بناه المسلم دونه مما لا يعتاد للسكنىٰ . . لم يكلفه النقض عن أقل المعتاد ؛ فإما أن يرفع بناءه أو يترك بناء الذمي بحاله .

٥٤٢٧ـ قول « المنهاج » عطفاً علىٰ ما عبر فيه بالأصح [ص ٥٢٨] : **(وأنهم لو كانوا بمحلة منفصلة . . لم يُمنعوا)** عبر عنه في « الروضة » **بالصحيح**[2] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو مخالف لظاهر النص في « الأم » و« المختصر » حيث قال : (ولا يحدثون بناء يطيلون به بناء المسلمين)[3] ولم يفرق بين المتصل والمنفصل ، ثم قال في « الأم » : (وإن كانوا في قرية يملكونها منفردين . . لم يمنعهم إحداث كنيسة ولا رفع بناء)[4] ، قال شيخنا : يدل علىٰ منعهم من الرفع في دار الإسلام ولو كانوا منفردين بمحلة أو قرية ، وهـٰذا هو **المعتمد في الفتوىٰ** .

قلت : إذا كان المراد : الرفع علىٰ بناء الجار . . فكيف يتصور ذلك في القرية المنفردة ولا جيران فيها ؟! بل كيف يتصور في المحلة المنفصلة ولو كانت في البلد ؟! لأن لفظ الانفصال يدل علىٰ أنه لا ملاصق لهم من شيء من الجوانب ، وقد قال في « أصل الروضة » : كطرف من البلد منقطع عن العمارة . انتهىٰ[5] .

فإن لاصقت دور البلد من أحد جوانبها . . اعتبرنا في ذلك الجانب ألاَّ يرتفع فيه بناء أهل الذمة علىٰ بناء من يجاورهم من المسلمين دون بقية الجوانب ؛ إذ لا جار لهم فيها ، والله أعلم ، وأفتيت بمنع بروز الذمي في البحر والخلجان ونحوهما علىٰ جار له مسلم ؛ لما فيه من الاطلاع علىٰ عورة المسلم ، والتعظيم عليه ، وهو المعنى المعتبر في منع الإعلاء ، بل قياس منع المساواة في البناء : منع المساواة في البروز ، وفيه بعد ، والله أعلم .

٥٤٢٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٨] : **(وإن ملكوا داراً عالية . . أقروا عليها)** قد يفهم أنه لو انهدمت . . كان له إعادتها كما كانت ، وليس كذلك ، بل يمنع من الرفع ومن المساواة في **الأصح** ، وحيث يقرون عليها يمنعون من طلوع سطوحها إلا بعد تحجيره ، وإن لم يؤمر المسلمون بتحجير

---

(١) الأم (٤/٢٠٦) .
(٢) الروضة (١٠/٣٢٥) .
(٣) الأم (٤/٢٠٦) ، مختصر المزني (ص ٢٧٧) .
(٤) الأم (٤/٢٠٦) .
(٥) الروضة (١٠/٣٢٥) .

أسطحتهم ، ويمنع صبيانهم من الإشراف وإن لم يمنع صبيان المسلمين من ذلك ، حكاه في « الكفاية » عن الماوردي[1] .

٥٤٢٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٨] و« الحاوي » [ص ٦٢٠] : **(ويركبون البغال)** و« الحاوي » [ص ٦٢٠] : **(ويركب لا الخيل)** يفهم جواز ركوب النفيس من البغال ، وبه صرح « المنهاج »[2] ، وقال في « أصل الروضة » : قطع به كثيرون ، وحكى المنع منها عن الفوراني والإمام والغزالي[3] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : البغال في هـٰذا الزمان لا يركبها في الغالب إلا أعيان المسلمين أو من يتشبه بهم ؛ فيمنع أهل الذمة من ذلك ، لا توقف عندنا في الفتوىٰ بذلك ، ولم يتعرض الشافعي رضي الله عنه للتصريح بذلك ، وإنما قال في « الأم » و« المختصر » : (وأن يفرقوا بين هيئاتهم في اللباس والمركب وبين هيئات المسلمين)[4] وكلام الشافعي هـٰذا شاهد لنا بالمنع من ركوب البغال النفيسة .

٥٤٣٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٨] و« الحاوي » [ص ٦٢٠] : **(ويركب بركاب خشب)** قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هو في ركاب خسيس ، فأما الركاب من الخشب النفيس الذي جرت عادة أعيان المسلمين بالركوب . . فيمنعون منه .

٥٤٣١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٨] : **(عَرْضاً)** أي : يجعل رجليه من جانب ، قال في « أصل الروضة » : وعن الشيخ أبي حامد : أن لهم الركوب على الاستواء ، ويحسن أن يتوسط بين أن يركب إلىٰ مسافة قريبة من البلد أو إلىٰ مسافة بعيدة[5] .

قال في « التوشيح » : وينبغي ألاَّ يسامح إلا إذا بعد ، وليس كالمسافر سفراً طويلاً ؛ حيث يقصر من حين مفارقة البنيان . انتهىٰ .

وفي « أصل الروضة » : عن ابن كج : أن هـٰذا كله في الذكور البالغين ، فأما النساء والصغار . . فلا يلزمون الصَّغار كما لا جزية عليهم[6] ، لكن ذكر في تمييز اللباس : أن النساء يؤخذن بالغيار وشد الزنار[7] والتمييز في الحمام[8] ، فعلىٰ هـٰذا : الإلزام بهـٰذا الصغار مطلق بلا استثناء .

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٤/ ٣٢٥) .
(٢) المنهاج (ص ٥٢٨) .
(٣) الروضة (١٠/ ٣٢٥) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٥٤) ، و« الوجيز » (٢/ ٢٠٢) .
(٤) الأم (٤/ ٢٠٦) ، مختصر المزني (ص ٢٧٧) .
(٥) الروضة (١٠/ ٣٢٥) .
(٦) الروضة (١٠/ ٣٢٥) .
(٧) **الغيار** : أن يخيطوا علىٰ ثيابهم الظاهرة ما يخالف لونه لونها ، و**الزنار** : خيط غليظ علىٰ أوساطهم خارج الثياب . انظر « الروضة » (١٠/ ٣٢٦) .
(٨) الروضة (١٠/ ٣٢٦) .

٥٤٣٢ـ قولهما : (**ويُلجؤون إلىٰ أضيق الطرق**)[1] عبر عنه « الحاوي » بقوله [ص ٦٢٠] : (**وترك صدر الطريق**) أي : بحيث لا يقع في وهدة ولا يصدمه جدار ، ثم محل ذلك مع الزحمة ، وإلا . . فلا حرج ، وظاهر قول « الحاوي » [ص ٦٢٠] : (**وترك صدر الطريق**) يخالفه .

٥٤٣٣ـ قولهما : (**ولا يصدر في مجلس**)[2] محله : ما إذا كان فيه مسلم .

٥٤٣٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٨] و« الحاوي » [ص ٦٢٠] : (**ويؤمر بالغيار**) قد يفهم أن لبسه كله غيار ، وليس كذلك ؛ ولهـٰذا قال « التنبيه » [ص ٢٣٨] : (**ويلزمهم أن يتميزوا عن المسلمين في اللباس ، فإن لبسوا قلانس . . ميزوها عن قلانس المسلمين بالخرق**) وعبارة « أصل الروضة » : وهو أي : الغيار أن يخيطوا علىٰ ثيابهم الظاهرة ما يخالف لونه لونها ، وتكون الخياطة على الكتف دون الذيل ، هـٰكذا أطلق ، ويشبه أن يقال : لا يختص بالكتف ، والشرط الخياطة في موضع لا يعتاد ، وإلقاء منديل ونحوه كالخياطة ، ثم الأولىٰ باليهود : العسلي وهو الأصفر ، وبالنصارىٰ : الأزرق أو الأكْهَبْ ، ويقال له : الرمادي ، وبالمجوس : الأسود والأحمر . انتهىٰ[3] .

قال شيخنا : وما ذكره من إلقاء منديل ونحوه ممنوع ؛ لعدم استقراره ، وما ذكره من الأولىٰ لا دليل عليه .

٥٤٣٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٨] : (**والزنار فوق الثياب**) محله : في الرجل ، أما المرأة . . فتشده تحت الإزار كما صرح به « التنبيه »[4] ، وحكاه الرافعي عن « التهذيب » وغيره ، وحكىٰ عن الشيخ أبي حامد أنها تجعله فوق الإزار ، قال : على الأول ، وأشار بعضهم إلى اشتراط ظهور شيء منه[5] ، وقال النووي : هـٰذا لا بد منه ، وإلا . . فلا يحصل كثير فائدة[6] .

قلت : وهو لا ينافي قول من قال : تشده تحته ، فيصدق مع ظهور بعضه أنه مشدود تحت الإزار ، والجمع بين الزنار والغيار تأكيد ؛ فللإمام الاقتصار علىٰ شرط أحدهما .

٥٤٣٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٨] : (**ويكون في رقابهم خاتم من رصاص أو نحاس أو جرس يدخل معهم الحمام**) قد يفهم أنه يكون في رقابهم دائماً حتىٰ في الحمام ، والذي في « الحاوي » [ص ٦٢٠] : (**وفي الحمام جُلجلاً أو خاتم حديد في عنقه**) ، وعبارة « المنهاج » [ص ٥٢٨] : (**وإذا دخل حماماً فيه مسلمون أو تجرد عن ثيابه . . جُعل في عنقه خاتم حديد أو رصاص ونحوه**) .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٨) ، و« المنهاج » (ص ٥٢٨) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٨) ، و« المنهاج » (ص ٥٢٨) .
(٣) الروضة (١٠/٣٢٦) .
(٤) التنبيه (ص ٢٣٨) .
(٥) فتح العزيز (١١/٥٤٤) ، وانظر « التهذيب » (٧/٥٠٨) .
(٦) انظر « الروضة » (١٠/٣٢٧) .

وقوله : (**ونحوه**) منصوب عطفاً علىٰ قوله : (**خاتم**) ، وقول « التنبيه » : (**أو جرس**) هو بالرفع عطفاً علىٰ خاتم ، وقد أفصح عن ذلك قول « الحاوي » [ص ٦٢٠] : (**جلجلاً أو خاتم حديد**) ومراد « المنهاج » : إذا تجرد بحضور المسلمين .

٥٤٣٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٨] : (**ويكون في عنقها خاتم يدخل معها الحمام**) مبني علىٰ جواز دخولها الحمام مع المسلمات ، **والأصح** : المنع منه .

٥٤٣٨ـ قولهم : (**ويمنعون من إظهار خمر وخنزير وناقوس**)[١] لا يخفىٰ أن محله ما إذا كانوا في أمصار المسلمين ، فإن كانوا في قرية يملكونها منفردة . . لم يمنعوا من ذلك كما نص عليه في « الأم »[٢] ، وصرح به « التنبيه » بعد ذلك .

٥٤٣٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٨] : (**ويُمنع من إسماع المسلمين شركاً وقولهم في عزير والمسيح ، ومن إظهار خمر وخنزير وناقوس وعيد ، ولو شرطت هـٰذه الأمور فخالفوا . . لم ينتقض العهد**) يحتمل أن يكون معناه : شُرط عليهم ألاَّ يفعلوها ، وأن يكون معناه : شرط انتقاض العهد بها ، ولا إشكال في الأولىٰ ، وبنى الإمام الثانية على التأقيت ؛ إن صح . . صح وانتقض بها ، وإلا . . فباطل من أصله[٣] .

قال الرافعي : والحكاية عن الأصحاب عدم الانتقاض وفساد الشرط ويتأبد العقد ، ويحمل ذلك على التخويف[٤] .

ورد شيخنا في « تصحيح المنهاج » تخريج الإمام ؛ لموافقته في زناه بمسلمة علىٰ جريان الخلاف ، ومنه : أنه إن شرط الانتقاض . . انتقض ، وإلا . . فلا ، ولم يذكر فيه الإمام تخريجه علىٰ تأقيت عقد الذمة ، وكيف يتخرج على التأقيت مع أن الشرط قد لا يوجد فيستمر عقد الذمة ؟

قال شيخنا : وتبع الرافعي في الحكاية عن الأصحاب الإمام والغزالي ، ومقتضىٰ نص « الأم » : أنه إذا شرط عليهم فيها الانتقاض . . عمل بمقتضى الشرط ؛ فإنه قال في صورة كتاب جزية : (وعلىٰ أن أحداً منكم إن ذكر محمداً صلى الله عليه وسلم أو كتاب الله عز وجل أو دينه بما لا ينبغي أن يذكره به . . فقد برئت منه ذمة الله ، ونقض ما أعطىٰ عليه الأمان ، وحل ماله ودمه كما تحل أموال أهل الحرب ودماؤهم ، ثم قال : وعلىٰ أن ليس لكم أن تظهروا في شيء من أمصار المسلمين الصليب ، ولا تعلنوا بالشرك ، ولا تبنوا كنيسة ، ولا تضربوا بناقوس ، ولا تظهروا قولكم بالشرك

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٨) ، و« الحاوي » (ص ٦٢٠) ، و« المنهاج » (ص ٥٢٨) .
(٢) الأم (٢٠٦/٤) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (٤٢/١٨ ، ٤٣) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٥٤٦/١١) .

في عيسى ابن مريم ولا غيره لأحد من المسلمين ، ثم قال : فإن غيرتم أو بدلتم . . فذمة الله بريئة منكم)[١] قال شيخنا : وحكى الماوردي في ذلك قولين . انتهىٰ .

وقال شيخنا ابن النقيب : سيأتي أن في ذكرهم النبي صلى الله عليه وسلم بالسوء طرقاً ؛ فذكر الله أولىٰ بذلك ، وهـٰذه الأمور تتضمن ذكره تقدس وتعالىٰ بالسوء ؛ فلا يتمشىٰ ما ذكروه هنا من إلحاق ذلك بإظهار الخمر ، إلا إذا قلنا بالطريقة الآتية ، وهي : أن السوء الذي يتدينون به لا ينقض قطعاً[٢] .

٥٤٤٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٢٨] و« الحاوي » [ص ٦٢٠] : (**وينتقض بالقتال**) أي : إن لم يكن لهم فيه شبهة كما تقدم ذكره في قتال البغاة .

٥٤٤١ـ قولهم ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**وإن امتنعوا من أداء الجزية أو التزام أحكام الملة . . انتقض عهدهم**)[٣] كذا أطلقوه ، وخصه الإمام في الامتناع من الجزية بالقادر ، أما العاجز إذا استمهل . . فلا ينقض ، قال : ولا يبعد أخذها من الموسر قهراً ولا ينتقض ، ونخص قولهم بالمتغلب المقاتل ، ورأىٰ في الامتناع من الالتزام أنه إن امتنع منها هارباً . . فلا ، أو راكناً إلىٰ قوة وعدة . . دُعي إلى الانقياد ، فإن قاتل . . انتقض بالقتال ، وأسند ذلك لمن قدمه ، فحكىٰ عن القاضي حصْر النقض في القتال[٤] .

ونقل ابن كج قولين في منع إجراء الأحكام ، وقد يفهم من تعبير « الحاوي » عن التزام أحكام الملة بالتمرد موافقة الإمام في عدم الانتقاض بالامتناع منها هارباً ، وقد يفهم من تعبير « التنبيه » و« المنهاج » في الامتناع من الجزية بضمير الجمع ، وفي الزنا بضمير الإفراد : أن الواحد لو امتنع من أدائها مع التزامها . . لا ينقض عهده ، وهو ما عزاه الرافعي للماوردي[٥] .

وقال في « الكفاية » : ذكره الإمام احتمالاً بعد نقله عن الأصحاب الانتقاض ، وعبارة « الحاوي » [ص ٦٢٠] : (**وينتقض بالقتال ، ومنع الجزية**) ثم قال : (**وبشرطه إن زنا بمسلمة**)[٦] فهي شاملة للقتال والمنع من الآحاد .

٥٤٤٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٩] : (**وإن زنا أحد منهم بمسلمة ، أو أصابها بنكاح ، أو آوىٰ عيناً للكفار ، أو دل علىٰ عورة المسلمين ، أو فتن مسلماً عن دينه ، أو قتله ، أو قطع عليه الطريق ؛**

---

(١) الأم (٤/١٩٧ ، ١٩٨) .

(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/٥٣) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٩) ، و« الحاوي » (ص ٦٢٠) ، و« المنهاج » (ص ٥٢٨) .

(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٨/٣٧ ، ٣٨) .

(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٤/٣١٧) ، و« فتح العزيز » (١١/٥٤٧) .

(٦) الحاوي (ص ٦٢٠) .

نظر : **فإن لم يكن شرط ذلك في عقد الذمة . . لم ينتقض العهد ، وإن شرط عليهم . . فقد قيل : ينتقض عهدهم ، وقيل : لا ينتقض عهدهم) الأصح** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[1] ، والمراد : اشتراط انتقاض العهد بها كما أفصح به « المنهاج » ، وهو معنىٰ قول « الحاوي » [ص ٦٢٠] : (**وبشرطه**) أي : بشرط الانتقاض ، وفي « أصل الروضة » : **أصحهما** : لا ينتقض ، ثم قال : وهل المعتبر في الشرط الامتناع منه أم الانتقاض به ؟ صرح الإمام والغزالي بالثاني ، وكثيرون بالأول ، ولا يبعد أن يتوسط فيقال : إن شرط الانتقاض . . **فالأصح** : الانتقاض ، وإلا . . **فالأصح** : خلافه[2] .

قال في « المهمات » : وهـٰذا الترجيح الأخير منافٍ لتصحيحه الانتقاض مع الشرط ؛ ولهـٰذا لم يذكر الرافعي ذلك التصحيح ، بل حكىٰ عن طائفة الانتقاض ، وعن آخرين المنع ، ثم ذكر هـٰذا الترجيح ، وهو توسط بينهما ، فأخذ في كل حالة بقول طائفة[3] ، وهنا أمور :

أحدها : لا يخفىٰ في الزنا إقامة الحد ، فلو رجم لإحصانه وفرعنا على الانتقاض . . فهل يصير ماله فيئاً ؟ وجهان ، بَيَّضَ في « الروضة » لبيان أصحهما[4] ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأصح** ، **بل الصواب** : أنه يصير فيئاً .

ثانيها : المراد : الزنا بمسلمة مع علمه بإسلامها حالة الزنا ، **والقياس** : أن لواطه بغلام مسلم كذلك .

ثالثها : المراد : إصابة المسلمة بنكاح عقده عليها حال إسلامها حالة الإصابة ، فلو عقد علىٰ كافرة ثم أسلمت بعد الدخول فأصابها في العدة . . لم ينقض عهده ؛ فقد يسلم فيستمر نكاحه ؛ فأمره أخف .

رابعها : زاد في « أصل الروضة » بعد قوله : (فتن مسلماً عن دينه) : ودعاه إلىٰ دينهم[5] ، وقال في « المهمات » : صدره يقتضي أنه لا بد من انتقال المسلم عن الإسلام ، وآخره يقتضي الاكتفاء بدعائه إليه ، فهل المعتبر الأول أو الثاني ؟

قلت : لا نسلم أن قوله : (**فتن مسلماً عن دينه**) يقتضي حصول الردة ، وإنما المراد : دعاؤه إليه فبيّن بقوله : (ودعاه إلىٰ دينهم) المراد بقوله : (فتن مسلماً) للاحتراز عما لو أراه نصرانية افتتن هو بها وارتد بسببها عن دينه ، فلو قال : (فإن دعاه إلىٰ دينهم) . . لكان أولىٰ ، وقد عبر

---

(١) الحاوي (ص ٦٢٠ ، ٦٢١) ، المنهاج (ص ٥٢٨) .
(٢) الروضة (١٠/٣٢٩) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٨/٤١) ، و« الوجيز » (٢/٢٠٣) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١١/٥٤٧ ، ٥٤٨) .
(٤) الروضة (١٠/٣٢٩ ، ٣٣٠) .
(٥) الروضة (١٠/٣٢٩) .

« الحاوي » بقوله [ص ٦٢٠] : (**ودعا المسلم إلىٰ دينه**) وهي عبارة وافية بالمقصود مع اختصار ؛ فهي أحسن من تعبير « التنبيه » و« المنهاج » بـ(فتن المسلم عن دينه)[١] .

خامسها : مقتضىٰ تقييد « التنبيه » : أنه لو قتل ذمياً أو قطع عليه الطريق . . لم يكن كذلك ، وأقره عليه النووي في « تصحيحه »[٢] ، لكن عبر « الحاوي » بقوله [ص ٦٢٠] : (**وقطع الطريق ، وقتل موجب القصاص**) وكذا عبارة « الروضة » وأصلها[٣] ، وهو متناول لفعل ذلك مع الذمي ، وقيد في « الأم » و« المختصر » قطع الطريق بكونه علىٰ مسلم[٤] ، وفي معناه : القتل أيضاً .

٥٤٤٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٩] : (**وإن ذكر الله عز وجل أو رسوله صلى الله عليه وسلم أو دينه بما لا يجوز . . فقد قيل : ينتقض عهده ، وقيل : إن لم يشرط . . لم ينتقض ، وإن شُرط . . فعلى الوجهين**) **الأصح** : الطريقة الثانية ، **والأصح في الشرط** : الانتقاض ، وجمع « المنهاج » بين هـٰذه المسألة والتي قبلها ، وقال فيهما : (**الأصح : أنه إن اشترط انتقاض العهد بها . . انتقض ، وإلا . . فلا**)[٥] وأطلق محل الخلاف ، وكذا في « الأم » و« المختصر »[٦] ، **وصحح** في « أصل الروضة » أن محله : فيما إذا ذكره بما لا يتدين به ، فأما ما يتدين به . . فلا ينتقض بإظهاره قطعاً[٧] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٢٠ ، ٦٢١] : (**وسب الرسول عليه السلام وذكر مخالف دينهم**) .

وقال في « التوشيح » : لا ينبغي أن يفهم من عدم الانتقاض أنه لا يقتل ؛ فإن ذلك لا يلزم ، وقد حقق ذلك الوالد رحمه الله في كتاب « السيف المسلول علىٰ من سب الرسول صلى الله عليه وسلم » ، **وصحح** : أنه يقتل وإن قلنا بعدم انتقاض العهد . انتهىٰ[٨] .

٥٤٤٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٩] : (**ومن فعل ما يوجب نقض العهد . . رد إلىٰ مأمنه في أحد القولين ، وقُتل في الحال في القول الآخر**) فيه أمور :

أحدها : أن محل الخلاف : فيمن انتقض عهده بغير قتال ، وقد ذكر ذلك « المنهاج » فقال [ص ٥٢٨] : (**ومن انتقض عهده بقتال . . جاز دفعه وقتاله**) وعبارة « أصل الروضة » : فلا بد من دفعهم والسعي في استئصالهم[٩] ، وهي أحسن ؛ فإنه لا يُقتصر بدفعهم وقتالهم على الجواز ، بل هو

---

(١) التنبيه (ص ٢٣٩) ، المنهاج (ص ٥٢٨) .
(٢) تصحيح التنبيه (٢/٢١٧) .
(٣) فتح العزيز (١١/٥٤٨) ، الروضة (١٠/٣٢٩) .
(٤) الأم (٤/١٩٧) ، مختصر المزني (ص ٢٧٧) .
(٥) المنهاج (ص ٥٢٨) .
(٦) الأم (٤/١٩٧) ، مختصر المزني (ص ٢٧٧) .
(٧) الروضة (١٠/٣٣٠) .
(٨) السيف المسلول (ص ٢٨٧) .
(٩) الروضة (١٠/٣٣١) .

واجب ، وقد تقدم أن الجهاد عند دخول طائفة من أهل الحرب دار الإسلام فرض عين ، ولا فرق بينها وبين التي كانت لها ذمة ثم انتقضت .

ثانيها : لو كان ذلك ينبذ العهد . . **فالأصح** : القطع بالرد إلىٰ مأمنه ، وقد ذكره « المنهاج »[1] .

ثالثها : **الأظهر** : القول الثاني ، ولا يتعين القتل ، بل يتخير الإمام فيه بين القتل والاسترقاق والمن والفداء ، لكن لو أسلم قبل الاختيار . . امتنع الرق ، وقد ذكر ذلك « المنهاج » و« الحاوي »[2] ، وحمله[3] شيخنا في « تصحيح المنهاج » علىٰ غير صورة القتال ، فإن قاتلونا . . جرىٰ عليهم حكم غيرهم من الأسراء في أنه لا يمتنع إرقاق من أسلم منهم قبل اختيار الإمام فيه ، ويشكل علىٰ عدم تبليغه المأمن أن الذي حكاه الرافعي عن ابن كج والروياني وغيرهما تبليغ المهادن والداخل بأمان المأمن إذا انتقض عهده مع أن حق الذمي آكد منه[4] ، والفرق مشكل .

رابعها : يستثنىٰ من تخيير الإمام فيه : ما إذا طلب تجديد العهد . . فيجب إجابته إلىٰ عقد الذمة ، ولا يجوز قتله ، ذكره الرافعي في (حد السرقة)[5] .

٥٤٤٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٩] : (**ويجعل الإمام علىٰ كل طائفة منهم رجلاً يكتب أسمائهم**) يشترط كونه مسلماً .

* * *

---

(١) المنهاج (ص ٥٢٩) .

(٢) الحاوي (ص ٦٢١) ، المنهاج (ص ٥٢٨) .

(٣) في النسخ : (وحمل) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله أعلم .

(٤) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٥٦٢ ، ٥٦٣) .

(٥) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٢٢٥) .

باب الهدنة[1]

٥٤٤٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٩] : (لا يجوز عقد الهدنة إلا للإمام أو لمن فوض إليه الإمام) محله في عقدها للكفار مطلقاً أو لكفار إقليم ، فأما لأهل بلدة خاصة . . فيجوز لوالي الإقليم أيضاً كما ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[2] ، وهنا أمور :

أحدها : قال في « أصل الروضة » : وكأنه مأذون فيه بتفويض مصلحة الإقليم إليه . انتهىٰ[3] .

وهـٰذا التعليل يقتضي أن له فعله بغير إذن الإمام ؛ ولذلك أوردناه على « التنبيه » ، وذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » أن هـٰذا مخالف لنص « الأم » و« المختصر » فإنه اقتصر فيهما على الإمام ونائبه ، ولم يذكر والي الإقليم[4] ، قال : وهـٰذا التوجيه قابل للنزاع ؛ فقد لا يخطر ذلك بالبال عند التولية ، وأيضاً فإذا أمكنت مراجعة الإمام من غير ضرر . . تعينت ، وقال الماوردي في ولاة الثغور الذين تضمن تقليدهم الجهاد وحده : وليس لأحدهم عقد الهدنة إلا قدر فترة الاستراحة ، وهي أربعة أشهر ، ولا يجوز سنة ، وفيما بينهما قولان[5] ، وصدر به في « الكفاية » كلامه غير ناقل له عن الماوردي ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو طريق غير ما سبق .

ثانيها : مرادهما أهل بلدة في إقليمه كما صرح به في « أصل الروضة »[6] ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ويرد عليه ما لو لم تكن في إقليمه ولكن مجاورة له ، ورأى المصلحة لأهل إقليمه في الهدنة معها ؛ لأنه من مصالح إقليمه .

ثالثها : قال الرافعي : القصور علىٰ بلدة واحدة في ذلك الإقليم لا معنىٰ له ؛ فإن الحاجة قد تدعو إلىٰ مهادنة أهل بلاد في ذلك الإقليم ، وتكون المصلحة في ذلك[7] .

رابعها : قال شيخنا أيضاً : ينبغي علىٰ مقتضىٰ ما قالوه : ألاَّ يختص ذلك بوالي إقليم ، بل من ولاَّه الإمام القيام بمصالح بلدة مجاورة للعدو . . جازت له الهدنة ؛ لأنه فوض إليه مصلحة بلدة ، وهـٰذا منها .

٥٤٤٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٠] : (وإنما تعقد لمصلحة ؛ كضعفنا بقلة عدد وأهبة ، أو رجاء

---

(١) في (ج) : (كتاب الهدنة) .
(٢) الحاوي (ص ٦٢٢) ، المنهاج (ص ٥٣٠) .
(٣) الروضة (١٠/ ٣٣٤) .
(٤) الأم (٤/ ١٨٩) ، مختصر المزني (ص ٢٧٩) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٤/ ٣٦٩) .
(٦) الروضة (١٠/ ٣٣٤) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٥٥٤) .

إسلامهم ، أو بذل جزية ، **فإن لم يكن . . جازت أربعة أشهر**) يتبادر إلى الفهم منه أن مراده : فإن لم يكن مصلحة ، وإياه فهم شيخنا في « المهمات » ، وهـٰذا باطل ؛ فإنه إذا انتفت المصلحة . . لم يجز عقدها مطلقاً ، وإنما مراده : أن المصلحة قد توجد مع ضعفنا بقلة عدد وأهبة ، وقد يكون مع قوتنا رجاء إسلامهم أو بذل جزية ؛ ففي الحالة الثانية وهي القوة . . تعقد أربعة أشهر ؛ فقوله : (**فإن لم يكن**) أي : ضعف ، وأحسن « التنبيه » في التعبير عن هـٰذا فقال [ص ٢٣٩ ، ٢٤٠] : (**وإذا رأىٰ في عقدها مصلحة . . جاز ، ثم ينظر : فإن كان مستظهراً . . فله أن يعقد أربعة أشهر ، ثم قال : وإن لم يكن مستظهراً . . جاز أن يهادنهم عشر سنين**) وأطلق « الحاوي » عقدها أربعة أشهر ثم قال : (**ولضَعْفٍ عشر سنين**)[1] فعلم أن مراده أولاً : مع القوة كما عرف من عادته ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » مشيراً إلىٰ ما فهمه في « المهمات » من عبارة « المنهاج » : إن هـٰذا لا يتخيله من له تأمل ، وما ظننت أحداً يتخيله فضلاً عن الجزم به .

قلت : الإيراد على الألفاظ ولفظ « المنهاج » يعطي ما ذكره وإن لم يكن مراده ، والله أعلم .

واقتصر الثلاثة على اعتبار المصلحة ، واعتبر الرافعي أن يكون بالمسلمين إليه حاجة وفيه مصلحة ، ثم قال : وقد تكون ـ أي : المصلحة ـ مع القوة . انتهىٰ[2] .

وهو دال علىٰ أن المصلحة مع القوة ، وتنتهي مع الضعف إلى الحاجة ، ولما لم يتوقف عقد الذمة عليها . . صح أن المعتبر المصلحة ، **والصحيح** عند انتفاء المصلحة والمضرة : أنه لا يجب ، بل يجتهد فيه الإمام ، قال الإمام : وما يتعلق باجتهاده لا يعد واجباً وإن لزمه رعاية الأصلح[3] .

٥٤٤٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٠] : (**وفيما بينهما أي : الأربعة والسنة ـ قولان**) **الأظهر** : منعه ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[4] ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : نصوص الشافعي رضي الله عنه متفقة في الهدنة عند القوة علىٰ أنها لا تجوز فوق أربعة أشهر ، والقول الآخر محكي عن (سير الواقدي) ، والذي في (سير الواقدي) ليس في الهدنة ، وإنما هو في ترك وثني يقيم في دار الإسلام[5] ، فعلىٰ هـٰذا : لا يثبت هـٰذا القول هنا ، وبتقدير إثباته . . فلا أكتفي في دون السنة بلحظة ، بل أشترط أن يكون دونها بزمان يمكن الجهاد فيه في تلك السنة ، نظراً إلىٰ أن الجهاد فرض كل سنة ، قال : ولم أر من تعرض لذلك .

٥٤٤٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٠] و« الحاوي » [ص ٦٢٢] : (**ولضَعْفٍ تجوز عشر سنين فقط**)

---

(١) الحاوي (ص ٦٢٢) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٥٥٤) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٧٩) .
(٤) الحاوي (ص ٦٢٢) ، المنهاج (ص ٥٣٠) .
(٥) الأم (٤/ ٢٨٣) .

عبارة « التنبيه » [ص ٢٤٠] : (**وإن لم يكن مستظهراً ، أو كان ولكن يلزمه مشقة في غزوهم ؛ لبعدهم**) فزاد حالة المشقة ، ومرادهم : أن العشر غاية المدة ، ولا يجوز الوصول إليها إلا عند الاحتياج لها ، فلو اندفعت الحاجة بدون ذلك . . لم تجز الزيادة عليه .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ويستثنىٰ من المدتين المذكورتين : الهدنة مع النساء خاصة ؛ فإنهن يجوز أن يعقد لهن الهدنة من غير تقييد ؛ لانتفاء المعنى المذكور في التقييد .

٥٤٥٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٠] : (**ومتىٰ زاد على الجائز . . فقولا تفريق الصفقة**) يتناول صورتي القوة والضعف ، وقد نص في « الأم » في الأولىٰ على التفريق فقال : (وليس له أن يقول : لا أفي لك بأربعة أشهر ؛ لأن الفساد إنما هو فيما جاوزها)[1] ، وفي الثانية على البطلان فقال : (وإن هادنهم إلىٰ أكثر منها . . فالهدنة منتقضة)[2] ، واختار شيخنا في « تصحيح المنهاج » تقرير النصين ، وفرق بأن الأشهر الأربعة منصوصة في القرآن ، وأما في صورة الضعف . . فأمر اجتهادي بحسب الحاجة ، وقال : لم أر أحداً تعرض لذلك ، وهو طريق راجح .

٥٤٥١ـ قوله : (**وإطلاق العقد يفسده**)[3] يقتضي أنه لا خلاف فيه ؛ لحكايته الخلاف فيما بعده ، وليس كذلك ؛ ففيه وجه أنه يصح ، وينزل عند الضعف علىٰ عشر ، وعند القوة علىٰ سنة أو أربعة أشهر قولان .

٥٤٥٢ـ قوله : (**وكذا شرط فاسد على الصحيح**)[4] كان ينبغي أن يقول : (**على النص**) فإنه منصوص عليه في « الأم » و« المختصر »[5] .

٥٤٥٣ـ قوله في أمثلته : (**أو بدفع مال إليهم**)[6] استثنىٰ منه في « أصل الروضة » : ما إذا دعت ضرورة إلىٰ بذل مال ؛ بأن كانوا يعذبون الأسرىٰ في أيديهم ففديناهم ، أو أحاطوا بنا وخفنا الاصطلام . . فيجوز بذل المال ودفع أعظم الضررين بأخفهما ، قال : وفي وجوب بذل المال عند الضرورة وجهان بناء علىٰ وجوب دفع الصائل ، قال النووي من زيادته : ليس هـٰذا البناء بصحيح ، وقد سبق أن الصائل إذا كان كافراً . . وجب دفعه قطعاً ، ثم الخلاف في وجوب الدفع هناك بالقتال وهنا بالمال ، **والأصح** : وجوب البذل هنا للضرورة . انتهىٰ[7] .

---

(١) الأم (٤/١٩١) .
(٢) الأم (٤/١٨٩) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٣٠) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥٣٠) .
(٥) الأم (٤/١٩٦) ، مختصر المزني (ص ٢٧٩) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٥٣٠) .
(٧) الروضة (١٠/٣٣٥) .

وأشار لاستثناء ذلك في « الحاوي » بقوله [ص ٦٢٢] : (**والتزام مال بلا خوف**) ، وقد نص على استثنائهما في « الأم » و« المختصر » ، ولم يقيد الفداء بتعذيبهم الأسرىٰ ، ومقتضاه : جوازه وإن لم يوجد التعذيب .

وقال في « المهمات » : دعواه بطلان البناء مردود ؛ فقد ذكره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وصاحب « البيان » وغيرهم ، ومحل القطع بوجوب دفع الكافر : إذا قصد النفس ولم يندفع إلا بالقتل ، وهو هنا يندفع بالمال ، وللخلاف هنا وجه ؛ فإن الذل كما يحصل بالاستسلام يحصل ببذل مال ، وقوله : (ثم الخلاف في وجوب الدفع بالقتال وهنا بالمال) مراده به : أن الخلاف مع انتفائه في حق الكافر وثبوته في حق المسلم خاصة إنما صورته في المسلم في القتال وهنا في بذل المال ، فكيف يأتي ؟ ، وجوابه ما ذكرناه أن مجيء الخلاف فيه أيضاً ظاهر ، وتصحيحه وجوب البذل هنا مخالف لقوله آخر (السير) : إن قل الأسرىٰ مستحب ، وممن جزم بجوازه فقط القاضي حسين والإمام والغزالي . انتهىٰ .

وحمل شيخنا في « تصحيح المنهاج » استحباب فك الأسرىٰ علىٰ ما إذا لم يعاقبوا ، فإن عوقبوا . . وجب ، وقال : إن المراد : الخلاف في دفع الصائل علىٰ غير الدافع ، والخلاف فيه معروف ؛ لأن الإمام يدفع الصائل على المسلمين بما يدفعه من المال ، وبتقدير بذله من المحاط بهم ، فكل واحد يعطي عن نفسه وعن غيره .

٥٤٥٤ــ قولهما ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وتصح الهدنة علىٰ أن ينقضها الإمام متىٰ شاء**)(١) لا يختص ذلك بالإمام ، بل لو عقدها علىٰ أن لفلان نقضها متىٰ شاء . . صح أيضاً ، بشرط كون فلان مسلماً عدلاً ذا رأي ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٦٢٢] : (**أو ما شاء مسلمٌ عدل ذو رأي**) .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : والمقصود أنه مع القوة يحتاج إلىٰ نقضها عند انقضاء الأربعة ، ومع الضعف عند انقضاء العشر أو انتهاء الحاجة ، وفيما قبل ذلك يتخير ، ولم أر من صرح بذلك .

٥٤٥٥ــ قول « التنبيه » [ص ٢٤٠] : (**وعلى الإمام أن يدفع عنهم الأذية من جهة المسلمين ، ولا يلزمه دفع الأذية عنهم من جهة أهل الحرب**) سكت عن أهل الذمة ، ومفهومه فيهم متدافع ، وكذا قول « المنهاج » [ص ٥٣٠] : (**ومتىٰ صحت . . وجب الكف عنهم**) والمنقول : أنه يجب دفع أذىٰ أهل الذمة عنهم أيضاً ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٦٢٣] : (**ويمنع الإمامُ من قصدهم مسلماً وذمياً**) ولا يختص ذلك بالإمام العاقد ، بل يتعدىٰ إلىٰ من بعده من الأئمة ، فإن رآه من بعده

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٠) ، و« المنهاج » (ص ٥٣٠) .

فاسداً . قال الروياني : إن كان فساده بالاجتهاد . . لم ينقضه ، أو بنص أو إجماع . . نقضه ، ولو انفردوا ببلد بطرف بلاد الإسلام . . لم يجب ذب أهل الحرب عنهم ولو أمكن ، ذكره في « الكفاية » .

٥٤٥٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٠] : (**أو ينقضوها بتصريح ، أو قتالنا ، أو مكاتبة أهل الحرب بعورة لنا ، أو قتل مسلم**) قد يقتضي الحصر فيما ذكره ، وليس كذلك ؛ فقد زاد عليه في « أصل الروضة » إيواء عيون الكفار وأخذ مال أو سب الرسول صلى الله عليه وسلم ، ثم قال : قال الإمام : والمضرات التي اختلف في انتقاض عقد الذمة بها ينتقض العهد بها بلا خلاف ؛ لأن الهدنة ضعيفة غير متأكدة ببذل الجزية[١] .

٥٤٥٧ـ قوله : (**وإذا انتقضت . . جازت الإغارة عليهم وبياتهم**)[٢] فيه أمران :

أحدهما : أن محله : فيما إذا كانوا في بلادهم ، فأما من في بلادنا . . فلا يغتال ويبلغ المأمن كذا في « الروضة » وأصلها[٣] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : نص « الأم » يخالفه ؛ حيث قال : (كانوا في وسط دار الإسلام وفي بلاد العدو ، وهكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ببني قريظة)[٤] ، قال : **والمعتمد** ما نص عليه .

ثانيهما : ظاهره جواز ذلك وإن لم يعلموا أنه ناقض ، وهو **الأصح** في « أصل الروضة »[٥] ، وقال الرافعي : إنه الموافق لإطلاق المعظم ، ثم قال : وينبغي أن يقال : إذا لم يعلموا أنه خيانة . . لا ينتقض العهد إلا إذا كان المأتي به بما لا يشك في مضادته للهدنة كالقتال[٦] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : والذي نقوله : أنه إذا كان الغالب أن ذلك مما تعرفه الأنفس أنها خالفت ما صدر منها . . فإنه ينتقض به العهد ، وإن لم يعلموه ؛ لأنهم مقصرون بإقدامهم عليه ، ولكن ينذرون ، فإن قالوا : نجدد صلحاً . . أجابهم إليه .

٥٤٥٨ـ قولهم ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**وإن خيف منهم نقض العهد . . جاز أن ينبذ إليهم عهدهم**)[٧] **الأصح** في الخوف : أنه لا ينتقض إلا بحكم حاكم بذلك ، وكلامهم يوهم خلافه .

---

(١) الروضة (١٠/ ٣٣٧) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٨/ ١٠١) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٣٠) .
(٣) فتح العزيز (١١/ ٥٦٠) ، الروضة (١٠/ ٣٣٧) .
(٤) الأم (٤/ ١٨٦) .
(٥) الروضة (١٠/ ٣٣٧) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٥٦٠) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٠) ، و« الحاوي » (ص ٦٢٣) ، و« المنهاج » (ص ٥٣٠) .

٥٤٥٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٠] : (**وإن جاءت مسلمة . . لم يجز ردها إليهم**) كذا لو جاءت كافرة وأسلمت عندنا . . لا يجوز ردها إليهم .

٥٤٦٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٠ ـ ٥٣١] : (**ولا يجوز شرط رد مسلمة تأتينا منهم ، فإن شُرط . . فسد الشرط ، وكذا العقد في الأصح**) هو داخل في قوله فيما تقدم : (**وكذا شرط فاسد**) وقد عبر فيه بالصحيح[١] ، وهو مخالف لتعبيره فيه هنا بالأصح ، وكان ينبغي أن يقول : (على النص) فقد نص عليه في كتبه .

٥٤٦١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٠] : (**وإن جاء زوجها يطلب ما دفع إليها من الصداق . . ففيه قولان : أحدهما : يجب رده إليه ، والثاني : لا يجب**) **الأظهر** : الثاني ، وعليه مشى « الحاوي »[٢] و« المنهاج » ، وعبارته : (**وإن شرط رد من جاءنا ، أو لم يذكر رداً فجاءت امرأة . . لم يجب دفع مهر إلىٰ زوجها في الأظهر**)[٣] وفيه أمور :

أحدها : لا يخفىٰ أن المراد : فجاءت امرأة مسلمة ، وكذا لو جاءت كافرة فأسلمت عندنا كما تقدم ، وكذا لو ارتدت بعد إسلامها وجاء زوجها يطلبها قبل أن تقتل كما نص عليه .

ثانيها : أنه خص محل الخلاف بهـٰذين التصويرين . . فاقتضىٰ وجوب دفع المهر فيما لو شرط رد النساء ، وليس كذلك ، فكان ذكر هـٰذه الصورة أولىٰ ؛ لأنهما يفهمان منها بطريق الأولىٰ .

نعم ؛ لو شرط عدم الرد . . فلا غرم قطعاً .

ثالثها : أن مقتضاه : أن مقابل **الأظهر** : وجوب دفع مهر ؛ إما المسمىٰ أو مهر المثل ، وكلاهما غير صحيح ، وإنما الواجب علىٰ ذلك القول ما دفعه الزوج من الصداق المسمىٰ ؛ ولهـٰذا عبر به « التنبيه » .

رابعها : محل الخلاف : عند طلب الزوج كما صرح به « التنبيه » ، وكذا وكيله ، فلو طلبها غير الزوج من المحارم وغيرهم . . لم يجب الدفع قطعاً ، وأطلق « المنهاج » محل الخلاف[٤] ، وإن كانت أمة وكان زوجها عبداً ولم يفسخ بالعتق . . فلا بد من طلب الزوج والمالك الذي أعطى المهر ، نص عليه في « الأم »[٥] .

خامسها : محل الخلاف : ما إذا جاءت بلد الإمام أو نائبه ، فلو جاءت بلداً ليس فيها الإمام

---

(١) المنهاج (ص ٥٣٠) .
(٢) الحاوي (ص ٦٢٣) .
(٣) المنهاج (ص ٥٣١) .
(٤) المنهاج (ص ٥٣١) .
(٥) الأم (٤/١٩٥ ، ١٩٦) .

ولا نائبه . . فعلىٰ أهل البلد منعها حسبة ، ولا يغرمون المهر ولا الإمام ، نص عليه في « الأم »[1] ، وحكى الرافعي عدم غرم الإمام عن ابن كج ، ثم قال : **والأحسن** ما حكاه البغوي وغيره : أنه إن قال عند المهادنة : (من جاءني منكم مسلماً . . رددته) . . لم يلزمه شيء ، وإن قال : (من جاء من المسلمين ، أو من جاءنا) . . وجب[2] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهٰذا التفصيل ليس بحسن ، **والمعتمد** ما أطلقه في « الأم » .

سادسها : ومحل الخلاف أيضاً : مع بقاء العدة ، فلو كان بعد انقضائها . . لم يدفع له شيء قطعاً ، ذكره الرافعي بحثاً[3] ، وحكاه شيخنا في « تصحيح المنهاج » عن نص « الأم »[4] .

سابعها : ومحل الخلاف أيضاً : ما إذا لم يخالعها قبل الطلب أو يطلقها طلاقاً بائناً ، فإن فعل ذلك بعد الطلب . . لم يسقط حقه علىٰ ذلك القول .

ثامنها : ومحل الخلاف أيضاً : ما إذا كانت حية عند الطلب ، فإن ماتت قبله . . لم يستحق شيئاً ، ذكره والذي قبله في « أصل الروضة »[5] .

٥٤٦٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٠] : (**وإن جاء منهم مسلم . . لم يجب رده إليهم**) يستثنىٰ منه : ما إذا شُرط ذلك . . فيجب رده في صورتين :

إحداهما : إذا كانت له عشيرة تحميه وطلبته عشيرته .

الثانية : أن يطلبه غير عشيرته ، لكنه يقدر علىٰ قهر طالبه ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٦٢٣] : (**ويفي بالشرط الصحيح ؛ كردِّ رجل حر قادر علىٰ طالبه ، أو ذي عشيرة إن طلبت**) و« المنهاج » فقال [ص ٥٣١] : (**ويرد من له عشيرة طلبته إليها لا إلىٰ غيرها ، إلا أن يقدر المطلوب علىٰ قهر الطالب والهرب منه**) ، ولم يصرح « المنهاج » بوجوبه بالشرط ، ثم ليس المراد بالرد : إلزامه بذلك ، وقد أوضحه « المنهاج » بقوله [ص ٥٣١] : (**ومعنى الرد : أن يخلي بينه وبين طالبه ، ولا يُجبر على الرجوع ، ولا يلزمه الرجوع**) .

وفي « أصل الروضة » فيمن لا عشيرة له وغلب على الظن أنه يُذَل ويهان[6] ؛ فاحتمل أن يكون شرطاً زائداً ، أو أن يكون وصفاً لازماً لمن لا عشيرة له غالباً .

---

(١) الأم (٤/١٩٥) .
(٢) فتح العزيز (١١/٥٦٨) ، وانظر « التهذيب » (٧/٥٢٥) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١١/٥٦٨) .
(٤) الأم (٤/١٩٦) .
(٥) الروضة (١٠/٣٤٤) .
(٦) الروضة (١٠/٣٤٥) .

ونازع شيخنا في « تصحيح المنهاج » في الصورة الثانية ، وقال : هـٰذا شيء ذكره البغوي ومن تبعه[1] ، وهو غير صحيح ، فلا يرد إلا إذا طلبته عشيرته ، وقول « المنهاج » [ص ٥٣١] : (**وكذا عبد وحر لا عشيرة له على المذهب**) يقتضي أن في العبد طريقين ، وليس فيه في « الروضة » إلا وجهان ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : كان ينبغي التعبير فيه بالنص ؛ لأنه نص في « الأم » علىٰ عدم رده .

وأورد علىٰ قول « الحاوي » : (**كرد رجل حر قادر علىٰ طالبه**) أن مقتضاه : أنه إذا عقد بشرط رد من جاءنا من المسلمين أو من الرجال المسلمين منهم مطلقاً من غير تفصيل . . أنه لا يصح العقد ؛ لأنه يدخل فيه من يجوز رده ومن لا يجوز ، وبه صرح أصحابنا البغداديون ، وكلام الإمام والغزالي يقتضي الصحة[2] ، وكذا الرافعي[3] ، ونقله العمراني عن المسعودي ، وصوبه[4] الفوراني[5] .

٥٤٦٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣١] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٦٢٣] : (**وله قتل الطالب ، ولنا التعريض له به لا التصريح**) قيده شيخنا في « تصحيح المنهاج » فيهما بأن يكون ذلك بغير حضرة الإمام ، وأشار في « المحرر » لخلاف فيهما بتعبيره بالظاهر[6] ، فجزم بذلك « المنهاج » ، وأسقط ذلك الخلاف ، وقال في « الدقائق » : إن قول « المحرر » : (والظاهر أن له قتل الطالب) فيه إشارة إلى احتمال فيه ، ولم يُرد إثبات خلاف فيه . انتهىٰ[7] .

والاحتمال المذكور للإمام ، وقد أقامه الرافعي وجهاً ، وأعلم له بالواو[8] ، وقد أكثر « المنهاج » من عد احتمالات الإمام وجوهاً ، وعبر فيها **بالأصح** ، والله أعلم .

٥٤٦٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣١] : (**والأظهر : جواز شرط ألاَّ يردوا**) أي : من جاءهم مرتداً منا .

استثني منه : النساء ، وقد صرح به « الحاوي » فقال [ص ٦٢٣] : (**لا المرأة**) ، واستثنىٰ شيخنا في « تصحيح المنهاج » شيئين آخرين :

---

(١) انظر « التهذيب » (٧/ ٥٢٥) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٩٣) ، و« الوجيز » (٢/ ٢٠٥) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٥٧٣) .
(٤) في النسخ : (وصوابه) ، ولعل الصواب ما أثبت .
(٥) انظر « البيان » (١٢/ ٣١٢) .
(٦) المحرر (ص ٤٦٠) .
(٧) الدقائق (ص ٧٥) .
(٨) فتح العزيز (١١/ ٥٧٤) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٩٦) .

أحدهما : العبيد ، فقال : لا بد من ردهم علىٰ ملاكهم ، قال : وذكر الماوردي أنهم يغرمون قيمتهم ؛ تفريعاً علىٰ أنه لا يجب عليهم تسليمهم ولا التمكين منهم[١] ، قال : **والمعتمد** ما ذكرناه .

الثاني : الأحرار المجانين بعد الردة الذين ذهبوا إليهم في حال جنونهم يطالبهم بردهم ؛ لأن مجيئهم إليهم لم يكن باختيارهم ، فلا أثر له ، فإن ذهبوا في حال عقلهم ثم جنوا هناك . . لم نطالبهم بردهم ، قال : ولم أر من تعرض لذلك .

٥٤٦٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٠] : (**وإن دخل حربي إلىٰ دار الإسلام من غير أمان . . جاز قتله واسترقاقه**) يستثنىٰ منه : ما إذا دخل لرسالة أو سماع قرآن . . فله حكم الأمان ، وقد ذكرهما « الحاوي »[٢] ، وعبر عنهما النووي في « تصحيحه » **بالصواب**[٣] ، وفيه نظر ؛ ففي « الكفاية » : أن كلام القاضي أبي الطيب والبندنيجي وغيرهما يفهم أن دخوله لأداء رسالة يتوقف على الإذن ، وكلام غيرهم ـ منهم ابن الصباغ والإمام ـ يقتضي خلافه .

وفي معناهما أيضاً : ما لو دخل ليبذل الجزية . . فهو في أمان ، ذكره في « الكفاية » ، وعبر ابن يونس في « النبيه » بأنه كالأسير ؛ ليشمل جواز فدائه والمن عليه .

٥٤٦٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٠] : (**وإن استأذن في الدخول ورأى الإمام المصلحة في الإذن . . جاز أن يأذن له ، فإن دخل . . جاز أن يقيم اليوم والعشرة**) محله : ما إذا لم تنقض حاجته إلا في هـٰذه ، فإن انقضت في دونها . . لم يمكن من الإقامة بمطلق الإذن ؛ للغرض السابق ، ذكره في « الكفاية » .

٥٤٦٧ـ قوله : (**وإن طلب أن يقيم مدة . . جاز أن يأذن له في المقام أربعة أشهر ، ولا يجوز سنة وفيما بينهما قولان**)[٤] **الأظهر** : أنه لا يجوز ، وقد تقدم ذلك من كلام « المنهاج » و« الحاوي » في أمان الآحاد .

٥٤٦٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٠] : (**وفي حد السرقة والمحاربة قولان**) **الأظهر** : أنه لا يجب ، وعليه يدل كلام « الحاوي » في (السرقة)[٥] ، واستحسن الرافعي أنه إن شرط عليهم القطع ؛ إذا سرق . . قطع ، وإلا . . فلا .

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٤/٣٦٨) .
(٢) الحاوي (ص ٦١٢) .
(٣) تصحيح التنبيه (٢/٢٢٠) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٠) .
(٥) الحاوي (ص ٥٩١) .

٥٤٦٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٠] : (**فإن رجع إلىٰ دار الحرب بإذن الإمام في تجارة أو رسالة . . فهو باق على الأمان في نفسه وماله**) كذا الزيادة ، ولم يتعرض في « المهذب » لاعتبار إذن الإمام ، وكذا سكت عنه غيره .

نعم ؛ لو عقد الإمام علىٰ تكرره مدة . . كان آمناً في كل دفعة .

٥٤٧٠ـ قوله فيما إذا رجع للاستيطان : (**فإن أودع مالاً في دار الإسلام . . لم ينتقض الأمان فيه ، ويجب رده إليه**)[1] قد يفهم أنه لا يجوز دخوله لأخذه ، وليس كذلك ؛ ولهٰذا قال « الحاوي » [ص ٦١١] : (**وطلبه يُؤمِّنه**) أي : طلب المال ، ويحتمل عوده على المالك أو الوارث ؛ لقوله قبله : (**وإن مات . . فلوارثه**)[2] وحينئذ . . فعوده على الوارث أظهر ، وهو المذكور في « شرحي الرافعي » والموافق لعبارة « الوجيز »[3] .

٥٤٧١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٠] : (**فإن قتل ومات في دار الحرب . . ففي ماله قولان : أحدهما : أنه يرد إلىٰ ورثته ، والثاني : يغنم ويصير فيئاً**) **الأظهر** : الأول ، وعليه مشى « الحاوي »[4] ، ولا يخفىٰ أنه إذا لم يكن له وارث . . فهو فيء قطعاً .

٥٤٧٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٠] : (**وإن أُسِر واسترق . . صار ماله فيئاً**) الذي في الرافعي بناء هٰذه المسألة والتي بعدها ـ وهي ما إذا مات في الأسر ـ على التي قبلها ، وهي ما إذا مات في دار الحرب علىٰ حريته ، فإن قلنا هناك **بالأظهر** : أنه لورثته . . وقف هنا ؛ فإن عتق . . فهو له ، وإن مات رقيقاً . . **فالأظهر** : أنه يكون فيئاً ، وإن قلنا هناك : يكون فيئاً . . فهنا قولان :

أحدهما : هٰذا .

والثاني : يوقف ؛ لاحتمال أن يعتق ويعود ، بخلاف الموت ، فإن عتق . . سلم إليه ، وإلا . . فهو فيء **على الأصح** ، وقيل : للسيد[5] .

وفي « أصل الروضة » : أن ابن الصباغ قطع بهٰذا القول الثاني[6] ، قال في « الكفاية » : ولم أره فيه ، وذكر في « الكفاية » : أن قول « التنبيه » أولاً [ص ٢٤٠] : (**وإن أسر واسترق . . صار ماله فيئاً**) تفريع على القول في المسألة قبلها بأنه فيء ؛ فكان الأحسن حينئذ : أن يكون بالفاء ، فيقال : (**فإن أسر**) .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٠) .
(٢) الحاوي (ص ٦١١) .
(٣) الوجيز (٢/١٩٦) ، فتح العزيز (١١/ ٤٧٧ ، ٤٧٨) .
(٤) الحاوي (ص ٦١١) .
(٥) فتح العزيز (١١/ ٤٧٦ ، ٤٧٧) .
(٦) الروضة (١٠/ ٢٩١) .

وظهر بما ذكرناه أن قول « الحاوي » [ص ٦١١] : (**فإن رق . . ففيء**) محله : فيما إذا مات علىٰ رقه ، وأما ما دام حياً . . فلا يحكم بكونه فيئاً ، بل هو موقوف ، وأن قوله بعده : (**وإن مات . . فلوارثه**)[1] أي : مات علىٰ حريته .

* * *

(١) الحاوي (ص ٦١١) .

كتاب الصَّيْد والذَّبائح

كذا في « التنبيه » و« المنهاج » تقديم الصيد في الترجمة على الذبائح ، لكنهما قدَّما في ذكر الأحكام الذبائح على الصيد[1] .

٥٤٧٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٢] : (**ذكاة الحيوان المأكول بذبحه في حَلْقٍ أو لَبَّةٍ إن قُدر عليه ، وإلا . . فبعَقْرٍ مُزهِقٍ**) فيه أمران :

أحدهما : أورد علىٰ حصره الجنين الذي يوجد في بطن أمه ميتاً ؛ فانه لم يذبح ولا عقر ، وهو حلال ، ولا يحصل الجواب بذكره له في الأطعمة ؛ لأن الإيراد علىٰ حصره هنا ، وقد يقال : الكلام في الذكاة استقلالاً ، والحل في الجنين بطريقة التبعية ، فلو خرج رأسه وفيه حياة مستقرة . . فقال القاضي والبغوي : لا يحل إلا بذبحه ؛ لأنه مقدور عليه ، وقال القفال : يحل ؛ لأن خروج بعض الولد كعدم خروجه في العدة وغيرها[2] ، وصححه النووي[3] ، فلو خرج رأسه ميتاً ، فذبحت الأم قبل انفصاله . . حل كما قاله البغوي حكاه ابن الرفعة ، ثم قال : وقد يمنع حله .

ثانيهما : أن كلامه هنا يقتضي تسمية الكل ذبحاً ، وقوله بعد ذلك : (**ويسن نحر إبل وذبح بقر وغنم**)[4] يقتضي أن المسنون في الإبل لا يسمىٰ ذبحاً ، وفسر الذبح : بأنه قطع الحلق ، وهو أعلى العنق ، والنحر : بأنه قطع اللبة ، وهي أسفل العنق .

٥٤٧٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٢] : (**وشرط ذابح وصائد حل مناكحته**) أحسن وأخصر من قول « التنبيه » [ص ٨٢] : (**ولا تحل ذكاة المجوسي والمرتد ونصارى العرب وعبدة الأوثان**) وأحسن منهما قول « الحاوي » [ص ٦٢٤] : (**من نناكحه وأمةٍ كتابيةٍ**) لإشارته لاستثناء الأمة الكتابية من تحريم ذبيحة من لا تحل مناكحته ؛ فإنها لا يحل نكاحها وذبيحتها حلال ، وإن كان « المنهاج » ذكر المسألة عقبه ، لكن ذكرها في الضابط أولىٰ ، علىٰ أنه قد أورد علىٰ عبارتهما أمور :

أحدها : أمهات المؤمنين رضي الله عنهن لا تحل مناكحتهن وتحل ذبيحتهن ، أورده في « المهمات » ، وقال : ينبغي أن يقول في الضابط : من لا تحل مناكحته لنقصه ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : كن يحل نكاحهن للمسلمين قبل أن ينكحهن ، وبعد أن نكحهن ، فالتحريم

---

(١) التنبيه (ص ٨٢) ، المنهاج (ص ٥٣٢) .

(٢) انظر « التهذيب » (٨/٢٦) .

(٣) انظر « الروضة » (٣/٢٧٩ ، ٢٨٠) .

(٤) المنهاج (ص ٥٣٣) .

علىٰ غيره لا عليه ، فهو رأس المسلمين صلى الله عليه وسلم ، فلا يورد ذلك إلا قليل البصيرة .

ثانيها : كان ينبغي تقييد حل المناكحة بالمسلمين ؛ فإن تناكح أهل الكتاب جائز .

ثالثها : يرد عليه أيضاً ذبح المحرم أو صيده أو الحلال في حرم مكة للصيد ؛ فإنه ميتة على **الجديد** .

٥٤٧٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٢] : **(ويحل ذبح صبي مميز ، وكذا غير مميز ، ومجنون وسكران في الأظهر)** فيه أمور :

أحدها : أن محله في غير المميز إذا أطاق الذبح ، فإن لم يُطق . . لم يحل ، نص عليه في « الأم » و« المختصر »[١] ، قاله شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقد يقال : لا حكم للمعجوز عنه ، وإنما يحكم علىٰ ما يدخل تحت القدرة .

ثانيها : تبع في الترجيح « المحرر »[٢] ، **وصححه** في « الروضة » من زوائده[٣] ، ولم يصحح في« الشرحين » شيئاً ، بل قوة كلامه في « الشرح الصغير » : **ترجيح** المنع ؛ فإنه قال : فيه قولان ، **أظهرهما** عند الإمام وجماعة : المنع ، وزاد في « الكبير » : وقطع الشيخ أبو حامد وصاحب « المهذب » بالحل[٤] ، وكذا **صحح** شيخنا في « تصحيح المنهاج » طريقة القطع بالحل .

ثالثها : قال البغوي : إن كان للمجنون أدنىٰ تمييز أو للسكران قصد . . حل قطعاً[٥] .

رابعها : قد يفهم أنه لا كراهة في ذكاة المجنون والسكران ، ولا سيما وقد قال بعده : **(وتكره ذكاة أعمىٰ)**[٦] وليس كذلك ، بل تكره ذكاتهما ، وبه صرح في « التنبيه »[٧] ، ونص عليه الشافعي ، فلو قال « المنهاج » : (وتكره كالأعمىٰ) . . لكان أخصر وأحسن .

٥٤٧٦ـ قول « التنبيه » [ص ٨٢] : **(ثم أرسله من هو من أهل الذكاة)** يقتضي حل اصطياد الأعمىٰ ؛ لأنه من أهل الذكاة كما تقدم ، وليس كذلك ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٦٢٤] : **(وإرسال بصير)** وقال « المنهاج » [ص ٥٣٢] : **(ويحرم صيده برمي وكلب في الأصح)** وفيه أمور :

أحدها : تعبيره **(بالأصح)** يقتضي أنه وجه ، وليس كذلك ، بل هو مقتضىٰ نص « الأم » حيث

---

(١) الأم (٢/٢٢٩ ، ٢٤٠) ، مختصر المزني (ص ٢٨٤) .

(٢) المحرر (ص ٤٦١) .

(٣) الروضة (٣/٢٣٨) .

(٤) فتح العزيز (١٢/٧) ، وانظر « المهذب » (١/٢٥٢) .

(٥) انظر « التهذيب » (٨/٦) .

(٦) المنهاج (ص ٥٣٢) .

(٧) التنبيه (ص ٨٢) .

قال : (وإذا أصابت الرمية الصيد والرامي لا يراه فذبحته أو بلغت ما شاءت . . لم يأكله ، وجد به أثراً من غيرها أو لم يجده)[1] .

ثانيها : أطلق موضع الخلاف ، وفي « أصل الروضة » : **الأشبه** أنه مخصوص بما إذا أخبره بصير بالصيد ، فأرسل الكلب أو السهم ، وكذا صورها في « التهذيب » ، وأطلق الوجهين جماعة . انتهىٰ[2] .

وقال الإمام : عندي أن الوجهين مخصوصان بما إذا أدرك حسن الصيد ، وبنىٰ إرساله عليه[3] .

قال في « المهمات » : وتعبيره وتعبير الرافعي قاصران عن المعنىٰ ، **والصواب** : التعبير بعبارة تعمهما .

ثالثها : مقتضىٰ كلام الثلاثة : حل صيد المجنون والصبي والسكران ، ويخالفه أن في « الروضة » وأصلها : أن الوجهين في الأعمىٰ يجريان في اصطياد الصبي والمجنون[4] ، ومقتضاه : استواء الترجيح ، لكن **صحح** في « شرح المهذب » : حل اصطيادهما[5] ، وقال الشافعي رضي الله عنه عنه في « الأم » : ولا بأس بصيد الصبي ، حكاه شيخنا في « تصحيح المنهاج »[6] .

٥٤٧٧ـ قول « التنبيه » [ص ٨٢] : (**ولا يحل من الحيوان المأكول شيء من غير ذكاة إلا السمك والجراد**) قال في « شرح المهذب » : لا يرد على الحصر الصيدُ الذي قتله جارحة أو سهم ، وكذا الحيوان الذي يتردىٰ في بئر أو يندُّ ؛ فإنه يقتل حيث أمكن ؛ فإن ذلك ذكاة لهما ، قال : وكذا الجنين في بطن أمه ؛ فإن ذكاة أمه ذكاة له كما ورد به الحديث[7] .

وأورد ابن الرفعة على الحصر : ما لو خرج رأس ميتاً فذبحت الأم قبل انفصاله . . فإنه يحل كما قاله البغوي ، ثم قال : وقد يمنع حله ، وعبارة « المنهاج » [ص ٥٣٢] : (**وتحل ميتة السمك والجراد ولو صادهما مجوسي**) فلم يأت بحصر صريح .

وأورد عليهما : أن مقتضىٰ كلامهما : أن غير السمك من حيوان البحر لا تحل ميتته ، وليس كذلك في **الأصح** ، ويدل على انقسام حيوان البحر إلى السمك وغيره قول « المنهاج » في أول (الأطعمة) [ص ٥٣٩] : (**حيوان البحر السمك منه حلال كيف مات ، وكذا غيره في الأصح**) ، لكن

---

(١) الأم (٢/٢٢٨) .
(٢) الروضة (٣/٢٣٨ ، ٢٣٩) ، وانظر « التهذيب » (٨/٢٢) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٨/١٧٩) .
(٤) فتح العزيز (١٢/٧) ، الروضة (٣/٢٣٩) .
(٥) المجموع (٩/٧٣) .
(٦) الأم (٢/٢٢٩) .
(٧) المجموع (٩/٦٩) .

الأصح في « أصل الروضة » و« شرح المهذب » : أن اسم السمك يقع علىٰ جميع حيوان البحر[1] .

وأجيب عن عبارة « المنهاج » : بأن المراد : ما ليس علىٰ صورة السمك المشهورة ؛ بدليل قول الرافعي في « الشرح » والنووي في « شرح المهذب » : وما ليس علىٰ صورة السمك المشهورة[2] .

واستُثني من حل ميتة السمك مسألتان :

أحدهما : إذا وجدت سمكة في جوف أخرىٰ ميتة . . حلت ، إلا أن تنقطع وتتغير **في الأصح** ؛ لأنها كالروث والقيء .

ثانيهما : في زيادة « الروضة » في تحريم الصيد على المحرم عن الروياني عن الأصحاب : أنه إذا قتل الجراد . . يحرم ؛ ففي تحريمه علىٰ غيره قولان في ذبح المحرم الصيد[3] ، لكن قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **المعتمد** أنه لا يحرم علىٰ غيره ، وفي زيادة « الروضة » : أنه لو ذبح مجوسي سمكة . . حلت ، وهو الموافق لقول « المنهاج » هنا [ص ٥٣٢] : (**ولو صادهما مجوسي**) .

٥٤٧٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٢] : (**وكذا المتولد من طعام ؛ كخل وفاكهة إذا أكل معه في الأصح**) ليس في « المحرر » ، وقال في « الدقائق » : إن « المحرر » أشار إلىٰ هـٰذا بقوله : (ما تحل ميتته كالسمك والجراد) فأشار إلىٰ ميتة حلال سواهما[4] .

وهـٰذا يدل علىٰ أن « المنهاج » أراد بقوله : (**وكذا الدود**) يعني : ميتة الدود ، ولم يتعين إرادة « المحرر » الدود ؛ لأن الصيد الميت بالضغطة والجنين استثناهما الرافعي في الميتات ؛ فالظاهر أنه أرادهما .

ومقتضىٰ كلام « المنهاج » و« الدقائق » تحريم أكله حياً مع الطعام ، وليس كذلك ، بل يحل ، ولا يجيء فيه الخلاف في ابتلاع السمكة حية ، ولولا كلامه في « الدقائق ». . لحمل على الأعم من كونه حياً وميتاً ، والأليق ذكر هـٰذا في الأطعمة ، وقيد شيخنا في « تصحيح المنهاج » حل أكله معه بألاَّ ينقله أو يسحبه من موضع من الطعام إلىٰ آخر ، فإن فعل . . فكالمنفرد ، فيحرم **في الأصح** .

٥٤٧٩ـ قوله : (**ولا يُقطع بعض سمكة ، فإن فعل أو بلع سمكة حية . . حل في الأصح**)[5] فيه أمور :

---

(١) الروضة (٣/ ٢٧٤) ، المجموع (٩/ ٢٩) .

(٢) فتح العزيز (١٢/ ١٤١) ، المجموع (٩/ ٢٩) .

(٣) الروضة (٣/ ١٥٥) .

(٤) الدقائق (ص ٧٥) ، وانظر « المحرر » (ص ٤٦١) .

(٥) انظر « المنهاج » (ص ٥٣٢) .

أحدها : قال شيخنا ابن النقيب : قوله : (**ولا يقطع بعض سمكة**) أي : يحرم هـٰذا الفعل[1] .

قلت : يوافق ذلك قول « النهاية » : لا شك أن ذلك غير سائغ ؛ فإنه في معنى التعذيب[2] ، لكن عبارة الرافعي : لا ينبغي ، وعبارة « الروضة » : يكره[3] .

ثانيها : قوله : (**فإن فعل**) أي : مع حياة الباقي ، فإن لم يبق في الباقي حياة . . فلا خلاف في الحل ، وكلام الرافعي يدل عليه .

ثالثها : تعبيره بالأصح يقتضي أنه وجه ، وقد حكاه الشيخ أبو حامد في صورة المتطوع عن نص « الأم » .

رابعها : الخلاف ضعيف جداً ، كان ينبغي التعبير عنه بالصحيح إن لم يطلع على النص .

خامسها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : مقتضاه : أن لنا وجهاً في ابتلاع السمكة حية : أنها لا تحل ، وليس كذلك ، بل هي حلال قطعاً ، وإنما الخلاف في أن هـٰذا الفعل هل يحرم ؟ وكلام الرافعي يشهد له ، ولكن ذكر الإمام والغزالي خلافه[4] ، وهو غير معروف .

٥٤٨٠ـ قول « أصل المنهاج » : (**ولو تردىٰ بعير ونحوه في بئر ولم يمكن قطع حلقومه . . فَكَنَادٍّ**)[5] يقتضي أنه كالناد في إرسال السهم والجارحة ، وكذا يقتضيه إطلاق « الحاوي » قوله [ص ٦٢٤] : (**وإرسال بصير جارحة**) بعد قوله : (**كإبل شرد أو تردىٰ**) وبه قال البصريون ، لكن **صحح الروياني** : أنه لا يحل بإرسال الجارحة عليه ، وقال الرافعي بعد حكايته عنه : ولك أن تتوقف فيه[6] ، واقتصر علىٰ نقله عنه في « الشرح الصغير » من غير ذكر هـٰذا التوقف ، ومن غير ذكر ترجيح البصريين ، واستدركه في « المنهاج » فقال من زيادته [ص ٥٣٣] : (**الأصح : لا يحل بإرسال الكلب ، وصححه الروياني والشاشي**) .

ونازعه في « المهمات » في النقل عن الشاشي ، وقال : إنما نقل الشاشي تصحيحه عن الماوردي .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إن ما صححه النووي مخالف لظواهر نصوص الشافعي ولمقتضىٰ إطلاق كثير من الأصحاب . . . ثم بسط ذلك ، ثم قال : **فالمذهب المعتمد** : هو الحل .

٥٤٨١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٣] : (**ومتىٰ تيسر لحوقه بعدوٍ أو استغاثة بمن يستقبله . . فمقدور**

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦٨/٨) .
(٢) نهاية المطلب (١٥٧/١٨) .
(٣) فتح العزيز (٩/١٢) ، الروضة (٢٣٩/٣) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٥٨/١٨) ، و« الوجيز » (٢٠٦/٢) .
(٥) المحرر (ص ٤٦٢) ، المنهاج (ص ٥٣٢) .
(٦) فتح العزيز (١١/١٢) .

عليه) يفهم أنه متىٰ تعسر ذلك . . كان غير مقدور ، وليس كذلك ، بل لا بد من تحقق العجز عنه في الحال ؛ ولذلك عبر « الحاوي » [ص ٦٢٤] بـ (**المعجوز عنه**) .

٥٤٨٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٣] : (**ويكفي في الناد والمتردي جرح يفضي إلى الزهوق ، وقيل : يشترط مذففٌ**) فيه أمران :

أحدهما : لا يختص هـٰذا الخلاف بالناد والمتردي ، بل يجري في الوحشي بطريق الإصابة كما صرح به الإمام والغزالي[١] .

ثانيهما : هـٰذا الخلاف إنما هو في الرمي ، فأما في إرسال الكلب . . فلا يشترط التذفيف قطعاً .

٥٤٨٣ـ قوله : (**وإن مات بتقصيره ؛ بألا يكون معه سكين أو غُصبت أو نشبت في الغِمد . . حرم**)[٢] رجح شيخنا في « تصحيح المنهاج » : الحل فيما إذا غصبت بعد الرمي ، أو كان الغمد معتاداً غير ضيق فنشبت لعارض .

٥٤٨٤ـ قوله : (**ولو رماه فَقَدَّه نصفين . . حلاً**)[٣] أي : قطعتين ، ولا يشترط تساويهما ، بل الشرط ألاَّ يبقىٰ في واحدة منهما حياة مستقرة .

٥٤٨٥ـ قوله : (**فيما لو أبان منه عضواً بغير مذفف ، ولم يتمكن من ذبحه ومات بالجرح . . حل الجميع ، وقيل : يحرم العضو**)[٤] تبع فيه « المحرر »[٥] ، وصحح في « الروضة » و« الشرحين » : تحريم العضو[٦] ، وعليه مشى « الحاوي » بقوله [ص ٦٢٥] : (**وللمبان بمذفف**) وهو الحق ؛ لأنه أبين من حي ؛ كقطع ألية شاة ثم ذبحها .

٥٤٨٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٣] : (**وذكاة كل حيوان قدر عليه : بقطع كل الحلقوم ـ وهو مخرج النفس ـ والمريء ؛ وهو مجرى الطعام**) و« الحاوي » [ص ٦٢٤] : (**تمام الحلقوم والمريء**) تبعا في هـٰذا التعبير الغزالي ؛ فإنه عبر بتمام[٧] ، ونبه الرافعي علىٰ أنه لا يحتاج إليه ؛ فإنه إذا ترك بعضهما . . لم يكن قاطعاً لهما[٨] ؛ ولهـٰذا لم يذكر «التنبيه» هـٰذه اللفظة ، وعبر بالحلقوم والمريء[٩] .

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ١٣٠) ، و« الوجيز » (٢/ ٢٠٦) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٣٣) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٣٣) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥٣٣) .
(٥) المحرر (ص ٤٦٢) .
(٦) فتح العزيز (١٢/ ١٣ ، ١٤) ، الروضة (٣/ ٢٤٢) .
(٧) انظر « الوجيز » (٢/ ٢١٢) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٨٣) .
(٩) التنبيه (ص ٨٢) .

ويرد عليهما : أنه يشترط مع ذلك أن يصادف القطع كون المذبوح ذا حياة مستقرة ، قال الإمام : في ابتداء الذبح خاصة[1] ، وفي أثناء كلام النووي **ترجيحه**[2] ؛ ولهذا قال « الحاوي » [ص ٦٢٤] : (**المزهق حياة مستقرة**) وقوة كلام الغزالي وغيره تقتضي اشتراط استقرار الحياة بعد القطع ، وحكاه في « الكفاية » عن الماوردي والغزالي ، وأنه مقتضىٰ نصه في « المختصر »[3] .

٥٤٨٧ـ قول « الحاوي » [ص ٦٢٤] : (**وظناً ، بشدة حركة ، وانفجار دم ، وآخر**) أي : ولو كان وجود الحياة المستقرة بطريق الظن ، وذلك بشدة حركة وانفجار دم وعلامات أخر ، تبع فيه الإمام[4] ، وقال النووي : **الأصح** : الاكتفاء بشدة الحركة ، وهو مقتضىٰ كلام الرافعي[5] .

ويستثنىٰ من اعتبار استقرار الحياة : ما لو انتهى الحيوان بالمرض إلىٰ حركة المذبوح .. فإن ذبحه كاف .

٥٤٨٨ـ قول « التنبيه » [ص ٨٢] : (**والمستحب أن يقطع الأوداج كلها**) قال في « التحرير » : أنكر عليه ؛ لأنهما ودجان فقط[6] ؛ ولذلك عبر « المنهاج » بقوله [ص ٥٣٣] : (**ويستحب قطع الودجين ، وهما : عرقان في صفحتي العنق**) .

وأجيب عن « التنبيه » : بأن إطلاق لفظ الجمع على الاثنين مستعمل إما حقيقة أو مجازاً ، وفي الرافعي : أنه يقال للحلقوم والمريء معهما : الأوداج ، لكن لا يقال في قطع الحلقوم والمريء : إنه مستحب[7] .

٥٤٨٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٣] : (**ولو ذبحه من قفاه .. عصىٰ ، فإن أسرع فقطع الحلقوم والمريء وبه حياة مستقرة .. حل ، وإلا .. فلا**) كان ينبغي أن يقول : (فوصل إلى الحلقوم) لما قدمناه من أن العبرة بوجود الحياة المستقرة في ابتداء الذبح خاصة .

٥٤٩٠ـ قول « التنبيه » [ص ٨٢] : (**والمستحب أن ينحر الإبل ويذبح البقر والغنم**) ، قال في « المنهاج » [ص ٥٣٣] : (**ويجوز عكسه**) وظاهره بلا كراهة ، وهو **المشهور** كما في « أصل الروضة »[8] .

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ١٨٢) .
(٢) انظر « الروضة » (٣/ ٢٠٢) .
(٣) مختصر المزني (ص ٢٨٤) ، وانظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ٩٩) ، و« الوجيز » (٢/ ٢١٢) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ١٨٥) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٨٢) ، الروضة (٣/ ٢٠٤) .
(٦) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ١٦٤) .
(٧) فتح العزيز (١٢/ ٨٠) .
(٨) الروضة (٣/ ٢٠٧) .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو ممنوع ؛ فقد نص في « الأم » على الكراهة[1] ، ولم أقف على النص علىٰ مقابله ، وفي « الكافي » للروياني : **المنصوص** : أنه يكره ، وقال بعض أصحابنا : لا يكره ، وكأنه أشار به للشيخ أبي حامد ، وجزم الماوردي بأنه أساء[2] .

٥٤٩١ـ قولهما : (**وأن يكون البعير قائماً معقول ركبةٍ**)[3] أي : اليسرىٰ كما صرح به في شرح « المهذب »[4] .

٥٤٩٢ـ قولهما : (**والبقرة والشاة مضجعة لجنبها الأيسر**)[5] كذلك الخيل والصيود ، قاله في « شرح المهذب »[6] .

٥٤٩٣ـ قول « التنبيه » [ص ٨٢] : (**ولا يذبح بسكين كال ، فإن ذبح بها . . حل**) هو مفهوم من استحباب « المنهاج » و« الحاوي » تحديد الشفرة[7] ، ومحل الحل : ألاَّ يكون كلالها غير قاطع إلا بشدة اعتماد وقوة الذابح ، فإن كان كذلك . . لم يحل ، ويشترط أيضاً : ألاَّ ينتهي الحيوان قبل استكمال قطع حلقومه ومريئه إلىٰ حركة مذبوح .

٥٤٩٤ـ قول « الحاوي » [ص ٦٢٦] : (**ونُدب سرعة القطع**) تبع الرافعي في استحبابه[8] ، لكن مقتضىٰ إيراده في موضع آخر وجوبه .

٥٤٩٥ـ قولهما : (**ويوجه إلى القبلة ذبيحته**)[9] **الأصح** : أنه يوجه المذبح دون الوجه ؛ ليمكنه هو أيضاً الاستقبال ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٦٢٦] : (**وتوجيه المذبح**) .

٥٤٩٦ـ قولهما : (**وأن يقول : « باسم الله »**)[10] لا يختص ذلك بحالة الذبح ، بل يسمي أيضاً عند الرمي إلى الصيد أو إرسال الكلب إليه ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٦٢٦] : (**لدىٰ فعله**) أي : من الذبح أو الرمي أو الإرسال ؛ لأنه ابتداء الفعل ، ويتأدى الاستحباب أيضاً بالتسمية عند عض الجارحة أو إصابة السهم ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٦٢٦] : (**أو العض أو الإصابة**) ،

---

(١) الأم (٢/٢١٧) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (٤/٣٧٧) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٨٢) ، و« المنهاج » (ص ٥٣٣) .
(٤) المجموع (٩/٨٢) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ٨٢) ، و« المنهاج » (ص ٥٣٣) .
(٦) المجموع (٩/٨٢) .
(٧) الحاوي (ص ٦٢٦) ، المنهاج (ص ٥٣٤) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (١٢/٨٣) .
(٩) انظر « التنبيه » (ص ٨٢) ، و« المنهاج » (ص ٥٣٤) .
(١٠) انظر « التنبيه » (ص ٨٢) ، و« المنهاج » (ص ٥٣٤) .

وقوله : (**وندب تسمية الله تعالىٰ وحده**)[1] أي : لا يقول : باسم الله ، واسم محمد ، كما صرح به « المنهاج »[2] فإن ذلك لا يجوز ، وقال الرافعي : إن أراد : أذبح باسم الله وأتبرك باسم محمد. . فينبغي ألاَّ يحرم ، وقول من قال : لا يجوز يحمل علىٰ كراهة اللفظة ، قال : وتنازع جماعة من فقهاء قزوين فيه ، هل تحل ذبيحته أم لا ؟ وهل يكفر أم لا ؟ **والصواب** ما بيناه[3] .

ولم يرد « الحاوي » الاحتراز بذلك عن الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ؛ فإنها مستحبة كما صرح به « التنبيه » و« المنهاج » ، ومقتضىٰ كلامهما : أنها من سنن الذبح .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : والذي قاله الشافعي في « الأم » : (والتسمية على الذبيحة باسم الله ، فإذا زاد بعد ذلك شيئاً من ذكر الله عز وجل. . فالزيادة خير ، ولا أكره مع تسميته على الذبيحة أن يقول : صلى الله علىٰ رسول الله ، بل أحبه له ، وأحب له أن يكثر الصلاة عليه صلى الله عليه وسلم في كل الحالات)[4] ، وبسط ذلك ، قال شيخنا : وقصد الشافعي بذلك المبالغة في مخالفة مالك في قوله : لا يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم مع التسمية على الذبيحة ، لا أنه أثبت أن ذلك سنة من سنن الذبح ، ولا توقف أن الإكثار من الصلاة والسلام عليه مطلوب ، وإنما الكلام في السنن في محل خاص ، ولم يذكر الشافعي ذلك في الوضوء والتيمم والغسل ونحوها .

فصل

[في بعض شروط الآلة والذبح والصيد]

٥٤٩٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٤] : (**يحل ذبح مقدور عليه**) كذا في « المحرر »[5] ، ولو عبر كما في « الروضة » بقوله : (لا يحل مقدور عليه إلا بالذبح في الحلق أو اللبة)[6] . . لكان أصوب وأحسن .

٥٤٩٨ـ قول « التنبيه » [ص ٨٢] : (**ويجوز الذبح بكل ما له حد يقطع إلا السن والظفر**) مقتضاه : جواز الذبح بسائر العظام ، وليس كذلك ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٥٣٤] : (**إلا ظفراً وسناً وسائر العظام**) و« الحاوي » [ص ٦٢٤] : (**بجارح لا عظم**) ، وقال في « شرح المهذب » : ينكر على « التنبيه » قوله : (**إلا السن والظفر**) لاقتضائه جواز الذبح بالعظام المحددة سوى السن ،

---

(١) الحاوي (ص ٦٢٦) ذ.
(٢) المنهاج (ص ٥٣٤) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٨٥) .
(٤) الأم (٢/ ٢٣٩) .
(٥) المحرر (ص ٤٦٣) .
(٦) الروضة (٣/ ٢٤٠) .

وهـٰذا لا يجوز بلا خلاف ؛ فكان حقه أن يقول : إلا العظم والظفر أو إلا الظفر والسن وسائر العظام[١] ، لكنه قال في « تصحيحه » : **الأصح** : أن الذبح بالعظم لا يجزىء[٢] ، وذلك يدل علىٰ وجود الخلاف فيه ، وظاهر نص « الأم » و« المختصر » الإجزاء في بقية العظام ؛ فإنه لم يستثن فيهما سوى الظفر والسن[٣] ، وحكاه الماوردي عن الشافعي رضي الله عنه صريحاً أنه قال فيمن ذبح بالعظم : كرهته ، ولا يبين لي أن يحرم ؛ لأنه لا يقع عليه اسم سن ولا ظفر ، قال الماوردي : وفيه عندي نظر[٤] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : بل هـٰذا النص هو **المذهب المعتمد** ، وهو مقتضىٰ نص « الأم » و« المختصر » ، **وعليه العمل** في الطريقين . انتهىٰ .

وفي الرافعي : لو ركب عظم علىٰ سهم وجعل نصلاً له فقتل به صيداً . . لم يحل ، وعن « الحاوي » : أن الشافعي قال : كرهته لي ، ولا يبين لي أن يحرم[٥] ، ولم يذكر في « الروضة » المحكي عن « الحاوي » ، وقال : لم يحل **على المشهور**[٦] ، وقد عرفت أن الذي في « الحاوي » عن الشافعي : حل الذبح بالعظم مطلقاً ، سواء جعل نصل سهم وقتل به صيداً أم لا .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : قول « الروضة » : (على المشهور) يقتضي إثبات قولين ، ومن أثبت قولين في ذلك .

قال في « الكفاية » : ويستثنىٰ من السن والظفر : ما قتله الكلب بظفره ونابه . قلت : لا يصح الاستثناء ؛ لأن الكلام في الذبح ، وقتل الكلب بظفره ونابه ليس من الذبح ؛ ولهـٰذا قال النشائي : وفي إيراده علىٰ لفظ الذبح بُعْدٌ مع أنه يأتي في الكتاب[٧] .

٥٤٩٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٤] : (**فيما لو جرحه نصل وأثر فيه عُرْضُ السهم في مروره ومات بهما . . حَرُمَ**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه ممنوع ؛ فإنه إذا جرحه النصل ثم مر السهم فأثر فيه عرضه . . كان ذلك من ضرورة الرمي ، فأشبه ما لو خرق بالنصل ونفذ السهم من ذلك الخرق ؛ فإن مثل هـٰذا لا يؤثر قطعاً ، والذي في « الروضة » وأصلها : أن يصيب الصيد طرف من النصل ، فيجرحه ، ويؤثر فيه عُرْضُ السهم في مروره[٨] ، وهـٰذا يمكن القول بتحريمه ، **والمعتمد**

---

(١) المجموع (٩/ ٧٩) .
(٢) تصحيح التنبيه (١/ ٢٦٧) .
(٣) الأم (٢/ ٢٣٥) ، مختصر المزني (ص ٢٨٢) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ٢٩) .
(٥) فتح العزيز (١٢/ ١٥) ، وانظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ٢٩) .
(٦) الروضة (٣/ ٢٤٣) .
(٧) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ٧٥) .
(٨) فتح العزيز (١٢/ ١٧) ، الروضة (٣/ ٢٤٤) .

عندنا في ذلك : أن كلاً من التصويرين لا تحريم فيه إذا كان الجرح لو انفرد . . كان مؤثراً ، وأيضاً فقد يكون عرض السهم رقيقاً بحيث يكون محدداً ، ولا توقف في حِله ، وما ذكره الرافعي والنووي لم أقف عليه في كلام غيرهما ، ونص « الأم » يقتضي خلافه .

٥٥٠٠ـ قوله : (**أو أصابه سهم فوقع بأرض أو جبل ثم سقط منه**)[١] لو عبر بدل أرض بسطح كما في « المحرر »[٢] . . لكان أولىٰ ؛ لأن المتبادر إلى الفهم منه : وقع بأرض ولم ينتقل عنها ، وأن قوله : (**ثم سقط منه**) يعود للجبل ؛ لإفراده الضمير ، وقد قال عقبه : (**أنه لو أصابه سهم بالهواء فسقط بأرض ومات . . حل**)[٣] فإن حمل كلامه أولاً علىٰ أنه وقع بأرض عالية ثم سقط منها . . فليس في عبارته ما يدل عليه ، ثم هنا أمران :

أحدهما : أن عبارة « المحرر » : (فتدهور منه)[٤] ، ويفهم من ذلك التكرر ، بخلاف لفظ السقوط ، وقد جعل أبو الفرج الزاز موضع التحريم ما إذا كثر ترديه ، وحكىٰ فيما إذا لم يسقط إلا مرة واحدة وجهين ، وقال : الظاهر أنه لا يحرم .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو مقتضىٰ كلام غيره ؛ لأنهم يصورون هـٰذا بالتدهور ، وكذا في « الروضة » تبعاً لـ« الشرح »[٥] ، ولكن ظاهر نص « الأم » يخالفه ؛ فإنه قال : (لو وقع علىٰ جبل فتردىٰ من موضعه الذي وقع عليه قليلاً أو كثيراً . . كان متردياً لا يؤكل)[٦] ، فمقتضىٰ هـٰذا : أن عبارة « المنهاج » جيدة . انتهىٰ .

ولهـٰذا أطلق « التنبيه » التردي[٧] .

ثانيهما : محل ذلك : ما إذا لم يَنْتَه الصيد بإصابة السهم إلىٰ حركة المذبوح ، فإن كان كذلك . . لم يكن لما يعرض بعده أثر .

٥٥٠١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٤] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٦٢٥] : (**ولو أصابه سهم بالهواء فسقط بأرض ومات . . حل**) فيه أمران :

أحدهما : محل ذلك : إذا جرحه السهم في الهواء جرحاً مؤثراً ، فلو لم يجرحه ، بل كسر جناحه ، أو جرحه جرحاً لا يؤثر فعطل جناحه فوقع ومات . . لم يحل .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٣٤) .
(٢) المحرر (ص ٤٦٣) .
(٣) المنهاج (ص ٥٣٤) .
(٤) المحرر (ص ٤٦٣) .
(٥) فتح العزيز (١٢/١٧) ، الروضة (٣/٢٤٤) .
(٦) الأم (٢/٢٣٦) .
(٧) التنبيه (ص ٨٣) .

ثانيهما : قد يخرج بقوله : (**فسقط بأرض**) ما لو سقط بماء ، ويوافقه قول « التنبيه » [ص ٨٣] : (**وإن رمىٰ صيداً فأصابه السهم ووقع في ماء فمات . . لم يحل**) ومحله : في غير طير الماء ؛ ففي « أصل الروضة » فيما إذا رمىٰ طير الماء : إن كان علىٰ وجه الماء فأصابه ومات . . حل ، والماء له كالأرض ، وإن كان خارج الماء ووقع فيه بعد إصابة السهم . . ففي حله وجهان ، ذكرهما في « الحاوي » ، وقطع في « التهذيب » بالتحريم ، وفي « شرح مختصر الجويني » بالحل ، فلو كان الطائر في هواء البحر . قال في « التهذيب » : إن كان الرامي في البر . . لم يحل ، وإن كان في سفينة . . حل . انتهىٰ[١] .

وحكىٰ شيخنا في « تصحيح المنهاج » فيما إذا كان الطير في هواء الماء عن أبي الفرج الزاز عن عامة الأصحاب : أنه لا يحرم ، قال شيخنا : وهو **الصحيح** سواء كان الرامي في البر أم البحر ، وحمل قوله عليه الصلاة والسلام في حديث عدي بن حاتم ـ وهو في « صحيح مسلم » ـ : « وإن وجدته قد وقع في الماء . . فلا تأكله »[٢] علىٰ غير طير الماء ، أو علىٰ طيره الذي لا يكون في هوائه .

٥٥٠٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٤] : (**ويحل الاصطياد بجوارح السباع والطير**) المراد به : أن ما أخذته بشرطه الآتي يحل أكله ، وتعبير « التنبيه » و« الحاوي » يدل علىٰ ذلك ، فأما الاصطياد بمعنىٰ إثبات الملك . . فلا يختص بذلك ، بل يحصل بأي طريق تيسر .

٥٥٠٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٤] : (**ككلب وفهد وباز وشاهين**) كذلك النمر ، قال في « شرح المهذب » : وقوله في « الوسيط » : (فريسة الفهد والنمر حرام) غلط مردود ، وليس وجهاً في المذهب ، بل هما كالكلب ، نص عليه الشافعي وكل الأصحاب ، وقول الإمام : إن النمر يَبعُد تعلمه ؛ لعدم انقياده ، فإن تصور نادراً . . فكالكلب ، لا يخالف ما قدمناه[٣] .

٥٥٠٤ـ قوله « التنبيه » [ص ٨٢] : (**وإن علم جارحة بحيث إذا أغراه على الصيد . . طلبه ، وإذا أشلاه . . استشلىٰ ، وإذا أخذ الصيد . . أمسكه علىٰ صاحبه وخلىٰ بينه وبينه**) إلىٰ أن قال : (**حل**) فيه أمور :

أحدها : فُسّر الإشلاء في كلامه : بأن يدعو الصيد للعود ؛ ويدل لذلك ذكره له في مقابله الإغراء ، لكن الشافعي في « الأم » و« المختصر » استعمله بمعنى الإغراء فقال : (أن يُدعىٰ فيجيب ، ويُشلىٰ فيطير)[٤] .

---

(١) الروضة (٣/ ٢٤٥) ، وانظر « التهذيب » (٨/ ٢٤ ، ٢٥) .
(٢) صحيح مسلم (١٩٢٩) .
(٣) المجموع (٩/ ٨٩)، وانظر « مختصر المزني » (ص ٢٨١) ، و« نهاية المطلب » (١٨/ ١٠٩) ، و« الوسيط » (٧/ ١١٠).
(٤) الأم (٢/ ٢٢٧) ، مختصر المزني (ص ٢٨١) .

وكلام أهل اللغة يوافق الأول ، قال في « الصحاح » : قال ثعلب : وقول الناس : أشليت الكلب على الصيد ، خطأ ، وقال أبو زيد : أشليت الكلب : دعوته ، وقال ابن السكيت : لا يقال : أشليته ؛ أي : بمعنىٰ أغريته ، إنما الإشلاء : الدعاء ، ثم قال : وقول زياد الأعجم :

أتينـا أبـا عمـرو فـأشلـىٰ كـلابـه ... علينـا فكـدنـا بيـن بيتيـه نـؤكـل

يُروىٰ : فأغرىٰ كلابه . انتهىٰ[1] .

وفي « المحكم » : أشليت الشاة والكلب : دعوتهما باسمَيْهما ؛ وكذلك استشليتهما ، وأشلىٰ دابته إذا أراها المخلاة لتأتيه ، وأشليت الناقة إذا دعوتها لتحلبها . انتهىٰ[2] .

وعبر « المنهاج » و« الحاوي » عن ذلك بالانزجار[3] ، وهو واضح .

ثانيها : مقتضاه : اعتبار الاستشلاء ، وهو الانزجار في جارحة السباع والطير ، وهو مقتضىٰ كلام « الحاوي » أيضاً[4] ، لكن قال الإمام : لا مطمع في انزجار جوارح الطير بعد الطيران[5] ، وعليه مشى « المنهاج » تبعاً لـ« المحرر »[6] ، لكن مقتضىٰ تعبيره : أنه لا يشترط في جارحة الطير شيء من هـٰذه الشروط ؛ حيث قال : (**بأن تنزجر جارحة السباع بزجر صاحبه وتسترسل بإرساله ، وتمسك الصيد ولا تأكل منه**)[7] لكن لا شك في اعتبار الاسترسال بإرساله في جارحة الطير أيضاً ، **والأظهر** أيضاً : اشتراط ترك الأكل منها ، وقد ذكره « المنهاج » عقبه ؛ فدل علىٰ أن ما اقتضاه تعبيره غير مقصود ، وإنما قصد تخصيص الانزجار بجارحة السباع ، لكن عبارته لا تؤديه ؛ فكان حقه تقديم المشترك بينهما ، ثم ذكر المقيد بجارحة السباع بعده علىٰ أن نص الشافعي رضي الله عنه في « الأم » مصرح بخلاف مقالة الإمام ؛ فإنه قال بعد ذكر جارحة السباع والطير : (أن يُجمع أن يُدعىٰ فيجيب ، ويُستشلىٰ فيطير ، ويأخذ فيَحْبِس) ، وفي « مختصر المزني » نحوه[8] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ولم يخالف أحد من الأصحاب هـٰذا النص ، واعتبر في « البسيط » الانزجار في الطير أيضاً ، ثم ذكر مقالة الإمام بلفظ : قيل .

---

(١) الصحاح (٦/ ٢٣٩٥) .
(٢) المحكم (٨/ ١٠٤) .
(٣) الحاوي (ص ٦٢٤) ، المنهاج (ص ٥٣٤) .
(٤) الحاوي (ص ٦٢٤) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ١٠٥) .
(٦) المحرر (ص ٤٦٣) ، المنهاج (ص ٥٣٤) .
(٧) المنهاج (ص ٥٣٤) .
(٨) الأم (٢/ ٢٢٧) ، مختصر المزني (ص ٢٨١) .

ثالثها : المراد بإمساك الصيد : ألاَّ تخليه يذهب ، وقد ذكره « المنهاج » أيضاً[1] ، وأهمله « الحاوي » ، ولا بد منه .

رابعها : الظاهر أنه أراد بتخليته بينه وبين عدم الأكل منه ، وقد صرح باعتباره « المنهاج » و« الحاوي » ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وإنما يمنع إذا كان عقب القتل أو قبله مع حصول القتل ، فأما إذا كان أكل بعد أن أمسكه وقتله ، أو أكل ولم يقتله . . فإن هـٰذا لا يضر في التعليم كما لا يؤثر في تحريم ما أكل منه لو جرىٰ ذلك بعد التعليم ، ولم يتعرضوا لذلك هنا ، ومقتضىٰ تعبير « المنهاج » الجزم في جارحة السباع باعتبار عدم الأكل منه ، وحكاية القولين في جارحة الطير ، وحكىٰ في « أصل الروضة » الخلاف فيهما ، إلا أنه عبر في السباع بالمشهور ، وفي الطير بالأظهر[2] ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لا نعرف الخلاف في ذلك في شيء من كلام الشافعي .

خامسها : لم يذكر للتعليم حداً ، وفي « المنهاج » [ص ٥٣٤] : (**يشترط تكرر هـٰذه الأمور بحيث يظن تأدب الجارحة**) قالوا : والرجوع في عدد ذلك إلىٰ أهل الخبرة بطباع الجوارح ، ومقتضىٰ كلام البغوي والغزالي : اعتبار ذلك ثلاث مرات[3] ، وقد يشير إليه قول « الحاوي » [ص ٦٢٤] : (مراراً) .

٥٥٠٥ـ قول « التنبيه » [ص ٨٢] : (**وإن أكل الجارحة من الصيد . . ففيه قولان**) **الأظهر** : أنه يحرم ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٥٣٤] : (**ولو ظهر كونه معلماً ثم أكل من لحم صيد . . لم يحل ذلك الصيد في الأظهر**) و« الحاوي » [ص ٦٢٦] : (**لا ما أكل منه**) .

قال الإمام : وددت لو فُصّل بين أن يأكل بنفس الأخذ أو ينكف زماناً ثم يأكل ، لكن لم يتعرضوا له[4] .

قال النووي : فصل الجرجاني وغيره فقالوا : إن أكل عقب القتل . . فالقولان ، وإلا . . حل قطعاً[5] ، وحكاه شيخنا في « تصحيح المنهاج » عن الشيخ أبي حامد والدارمي والماوردي ، قال : وهو مقتضىٰ كلام ابن الصباغ ، وصرح به في « البيان »[6] ، قال : ويلحق بهـٰذا ما إذا أمسكه وأكل منه ولم يقتله . . فإنه لا يحرم قولاً واحداً . انتهىٰ .

---

(١) المنهاج (ص ٥٣٤) .
(٢) الروضة (٣/ ٢٤٦) .
(٣) انظر « الوسيط » (٧/ ١٠٨) ، و« الوجيز » (٢/ ٢٠٧) ، و« التهذيب » (٨/ ١٦) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ١١٣) .
(٥) انظر « الروضة » (٣/ ٢٤٧) .
(٦) البيان (٤/ ٥٤٢) .

وفهم من كلامهما : أنه لا ينعطف التحريم علىٰ ما اصطاده قبله ، وهو كذلك ، وقد يفهم من عبارة « المنهاج » أن الذي يأكل منه بعد هٰذا الصيد حرام قطعاً ، وليس كذلك ، إلا أن يصير الأكل له عادة . . فيحرم ما أكل منه الآن جزماً ، وفي تحريم ما أكل منه من قبل وجهان ، قال في « الروضة » وأصلها : قد **يرجح** منهما التحريم[1] ، وجعله في « الشرح الصغير » **أقوىٰ** ؛ ولهٰذا قال في « الحاوي » [ص ٦٢٦] : (**وما قبله إن اعتاد**) وقد يخرج بتعبير « المنهاج » باللحم : الحشوة ، وهي طريقة ؛ لأنها غير مقصودة ، **والأصح** : أنه على القولين ؛ فلذلك أطلق « التنبيه » و« الحاوي » الأكل منه .

٥٥٠٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٤] : (**ويشترط تعليم جديد**) أورد عليه شيخنا في « تصحيح المنهاج » أنه إن كان مفرعاً على القولين . . خالف المنقول ؛ فإنه إنما يحتاج إلى الاستئناف عقب هٰذه المرة إذا فرعنا على التحريم ، وإن كان مفرعاً على الأظهر . . اقتضىٰ أن علىٰ مقابله لا يشترط تعليم جديد مطلقاً ، وليس كذلك ، بل متىٰ فرعنا علىٰ مقابل الأظهر وتكرر الأكل بحيث يصير عادة له ، أو اكتفينا بالتكرر مرتين أو ثلاثاً . . احتاج إلى استئناف التعليم علىٰ هٰذا القول أيضاً .

٥٥٠٧ـ قول « التنبيه » [ص ٨٢ ، ٨٣] : (**وإن كان الجارحة كلباً . . غسل موضع الظفر والناب**) يجب تتريبه أيضاً وقد ذكره « المنهاج »[2] ، ومرادهما : الغسل سبعاً ، وقد صرح « الحاوي » بذلك في الطهارة[3] ، وتعبير « المنهاج » يفهم أنه لا خلاف في نجاسته ، وليس كذلك ؛ فالخلاف فيه في « الروضة » وأصلها ، ومقتضىٰ تعبيره **بالأصح** أن الخلاف في العفو[4] وجهان ، وكذا حكاه الرافعي عن أكثرهم ، قال : وقال الصيدلاني : قولان منصوصان[5] ، **ورجحه** شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : إن في « الأم » كلاماً يشهد له[6] .

٥٥٠٨ـ قول « التنبيه » [ص ٨٢] : (**وإن قتل الجارحة الصيد بثقلها . . ففيه قولان**) **الأظهر** : الحل ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[7] ، لكن قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : جزم الشافعي رضي الله عنه في « مختصر البويطي » بالتحريم ، فهو مذهبه ، واختاره المزني ، والعمل به أولىٰ من العمل بمقابله ، قال : ومحل الخلاف : ما إذا لم تجرح الصيد ، فإن جرحت ثم تحاملت

---

(١) فتح العزيز (١٢/ ٢٢) ، الروضة (٣/ ٢٤٧) .
(٢) المنهاج (ص ٥٣٤) .
(٣) الحاوي (ص ١١٩) .
(٤) في النسخ : (العقود) ، ولعل الصواب ما أثبت ، انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٢٣) .
(٥) فتح العزيز (١٢/ ٢٣) ، الروضة (٣/ ٢٤٨) .
(٦) الأم (٢/ ٢٢٧) .
(٧) الحاوي (ص ٦٢٥) ، المنهاج (ص ٥٣٤) .

عليه وقتلته . . حل بلا خلاف ، وكلام « الروضة » وأصلها يدل لذلك[1] ، ونص عليه في « الأم » و« المختصر »[2] .

٥٥٠٩- قول « المنهاج » [ص ٥٣٥] : (**فيما لو استرسل كلب بنفسه فأغراه صاحبه فزاد عدوه . . لم يحل في الأصح**) كان ينبغي أن يقول : (على النص) فقد نص عليه في « الأم »[3] ، حكاه شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، قال : ومحله : ما إذا لم ينعرج ، فإن انعرج . . حل ، نص عليه في « الأم » ، ولم أر من تعرض له من الأصحاب .

قلت : في « أصل الروضة » : أنه لو زجره صاحبه لما استرسل ، فانزجر ووقف ، ثم أغراه فاسترسل وقتل الصيد . . حل بلا خلاف ، فانعراجه هو معنى انزجاره ووقوفه ، قال في « أصل الروضة » : فإن كان الإغراء وزيادة العدو بعد ما زجره فلم ينزجر . . فعلى الوجهين ، وأولىٰ بالتحريم ، وبه قطع العراقيون[4] .

٥٥١٠- قوله : (**ولو أرسل سهماً لاختبار قُوَّته أو إلىٰ غرضٍ فاعترض صيد فقتله . . حرم في الأصح**)[5] يقتضي أن الخلاف وجهان ، وليس كذلك ، بل هو قولان ، **والأصح** : منصوص « الأم » و« المختصر » ، حكاه شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، قال : وقوله : (**فاعترض صيد**) إنه قيد لمحل الوجهين وإنه لو كان هناك صيد . . حل ، وليس كذلك ، وإنما المعتبر أن ينوي أنه يصطاد كما نص عليه في « الأم » و« المختصر »[6] ، وفي « أصل الروضة » من صور الخلاف : ما إذا كان يرى الصيد ولكن رمىٰ إلى الهدف أو ذئب ولا يقصد الصيد[7] .

٥٥١١- قول « التنبيه » [ص ٨٣] : (**وإن أرسل كلباً - أي** : علىٰ شيء يحسبه حجراً فكان صيداً - . . **فقد قيل** : **يحل** ، **وقيل** : **لا يحل**) **الأصح** : الحل ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٢٥] : (**وظن ثوباً وبشراً وخنزيراً**) .

٥٥١٢- قول « التنبيه » [ص ٨٣] : (**وإن أرسل كلباً أو سهماً علىٰ صيد فقتل غيره . . حل**) و« المنهاج » [ص ٥٣٥] : (**وإن قصد واحدة فأصاب غيرها . . حلت في الأصح**) و« الحاوي » [ص ٦٢٥] : (**أو نوعه**) قال في « المهمات » : هو خلاف ما نص عليه الشافعي في « البويطي » فقال :

---

(١) فتح العزيز (١٢/ ١٦) ، الروضة (٣/ ٢٤٤) .
(٢) الأم (٢/ ٢٣٦) ، مختصر المزني (ص ٢٨٢) .
(٣) الأم (٢/ ٢٢٩) .
(٤) الروضة (٣/ ٢٤٩) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٥٣٥) .
(٦) الأم (٢/ ٢٢٨) ، مختصر المزني (ص ٢٨١) .
(٧) الروضة (٣/ ٢٥٠ ، ٢٥١) .

وإن نوىٰ صيداً بعينه في جماعة صيد فقتل غيره . . فلا يأكل ، وقد قيل : يأكل .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : الذي صححه منصوص « الأم » و« المختصر »(١) ، ومقابله نص عليه في « البويطي » فالخلاف قولان .

٥٥١٣ـ قول « التنبيه » [ص ٨٣] : (**وإن أصاب صيداً فجرحه جرحاً لم يقتله ثم غاب عنه فوجده ميتاً . . حل في أحد القولين ، ولا يحل في الآخر**) **الأظهر** كما في « المنهاج » : التحريم(٢) ، وعليه مشى « الحاوي »(٣) ، وذكر الرافعي أن أصحابنا العراقيين وغيرهم إلىٰ ترجيحه أميل(٤) ، لكن في « الروضة » من زيادته : أن الحل أصح دليلاً ، وثبتت فيه أحاديث صحيحة ، ولم يثبت في التحريم شيء ، وقد علق الشافعي الحل علىٰ صحة الحديث(٥) ، وعبر عنه في « التصحيح » بالمختار(٦) ، وفي « شرح المهذب » **بالصحيح أو الصواب**(٧) ، وفي « شرح مسلم » بأنه **أقوىٰ وأقرب إلى** الأحاديث الصحيحة(٨) .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إن **المذهب المعتمد** هو التحريم كما **هو الأصح** عند جمهور الأصحاب من العراقيين ، وقول النووي : إنه لم يثبت في التحريم شيء ، ممنوع ؛ ففي « سنن البيهقي » بطريق حسنة في حديث عدي بن حاتم : « إذا رأيت سهمك فيه ولم تر فيه أثراً غيره وتعلم أنه قتله »(٩) فهـٰذا تقييد لبقية الروايات المطلقة ، وهو دال على التحريم في محل النزاع ، **وصحح** في « الروضة » من زيادته في المحرم يجرح الصيد ثم يغيب عنه ثم يجده ميتاً ، ولم يدر أمات بجراحته أو بحادث : أنه يغرم أرش الجرح(١٠) ، وقياس ما **صححه** هنا من الحل : أنه يلزمه الجزاء كاملاً إحالة على السبب الظاهر ، فإن قيل : الغرم لا يثبت إلا بيقين . . قلنا : وكذلك الحل . انتهىٰ .

ويوافق التحريم في المدرك ما إذا مشط المحرم رأسه فانتتف منه شعر وشك هل انتتف بالمشط أم كان منتتفاً ؟ فإن **الأصح** : أنه لا فدية ، ولم يحيلوه على السبب ، كما أن المحرم هنا لم يحمل

---

(١) الأم (٢/٢٢٨) ، مختصر المزني (ص ٢٨١) .
(٢) المنهاج (ص ٥٣٥) .
(٣) الحاوي (ص ٦٢٦) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٣٥) .
(٥) الروضة (٣/٢٥٣) .
(٦) تصحيح التنبيه (١/٢٦٩) .
(٧) المجموع (٩/١١٠) .
(٨) شرح مسلم (١٣/٧٩) .
(٩) سنن البيهقي الكبرىٰ (١٨٦٨٦) .
(١٠) الروضة (٣/١٦٢) .

الموت على السبب الظاهر ، وهو جرح السهم ، ويوافق الحل تصديق الولي في قد الملفوف والتنجيس في وجود الماء متغيراً بعد بول ظبية فيه ؛ للإحالة على السبب الظاهر فيهما .

واعلم : أن محل الخلاف ما إذا لم يكن قد أنهاه بالجرح إلىٰ حركة مذبوح ، فإن كان كذلك . . حل قطعاً ، وعليه يدل قول « التنبيه » [ص ٨٣] : (**فجرحه جرحاً لم يقتله**) ومحل الخلاف أيضاً ما إذا لم يجد فيه غير جرحه ، فإن وجده في ماء أو بجراحة أخرىٰ . . حرم قطعاً .

فصل

[فيما يملك به الصيد]

٥٥١٤ـ قول « التنبيه » [ص ٨٣] : (**وإن أخذ صيداً أو أزال امتناعه . . ملكه**) اقتصر « الحاوي » على الثاني ؛ لفهم الأول منه بطريق الأولىٰ ، فقال : (**والصيد يملك بإبطال منعتِهِ**)(١) ، وفصله « المنهاج » بقوله [ص ٥٣٥] : (**يملك الصيد بضبطه بيده ، وبجرح مذففٍ ، وبإزمانٍ وكسر جناحٍ ، وبوقوعه في شبكة نصبها ، وبإلجائه إلىٰ مضيق لا يفلت منه**) وبقي عليه من الصور : أن يرسل كلباً علىٰ صيد فيثبته فيملكه ، جزم به في « الروضة »(٢) ، وهنا أمور :

أحدها : أن محل هـٰذا إذا لم يكن عليه أثر ملك ؛ كوشم وقص جناح وقرط ونحوها ، فإن كان كذلك . . لم يملكه .

ثانيها : لا يخفىٰ أن محل هـٰذا في غير صيد الحرمين ، وفي غير المحرم .

ثالثها : ومحله أيضاً في غير المرتد ؛ فصيد المرتد موقوف بناء على **الأصح** أن ملكه موقوف ، فإن عاد إلى الإسلام . . تبين أنه ملكه من حين الأخذ ، وإلا . . فهو باق على الإباحة ، قاله المتولي ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **المعتمد** : أنه لأهل الفيء وإن فرعنا علىٰ زوال ملكه ، وهو الذي قال الرافعي : إنه أشبه الأقوال(٣) ، فقال المتولي : هو على الإباحة ، وقال الإمام : **ظاهر القياس** : أنه لأهل الفيء .

رابعها : تعبير « المنهاج » بالبناء للمفعول أحسن من تعبير « التنبيه » و« الحاوي » لأنه يدخل فيه المالك في صيد العبد غير المكاتب ، والموكل في صيد الوكيل بناء علىٰ صحة التوكيل في الاصطياد ، وهو **الأصح** ، بخلاف تعبيرهما ؛ فإن مقتضاه : ملك العبد والوكيل ، ولو كان الآخذ غير مميز . . أمره غيره بالأخذ ، ففيمن له الملك ؟ وجهان في « تعليق القاضي حسين » ، والمذكور

---

(١) الحاوي (ص ٦٢٦) .

(٢) الروضة (٣/ ٢٥٤) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٤١٦) .

في « التهذيب » و« البحر » : أنه للآخذ ، ذكره في « الكفاية » .

خامسها : أطلق « المنهاج » كسر الجناح ، ومحله : فيما إذا عجز عن الطيران والعدو جميعاً ، ويكفي للملك إبطال شدة العدو وصيرورته بحيث يسهل لحاقه .

سادسها : وأطلق أيضاً وقوعه في شبكة نصبها ، ولا بد أن يكون نصبها للصيد ، وكذا هو في « المحرر » و« الروضة » وأصلها[(1)] ، وألاَّ يقدر على الخلاص منها ، فلو تخلص بقطعه الشبكة . . عاد للإباحة ، فيملكه من اصطاده ، وإلا . . لم يزل ملكه عنه ، ذكره الماوردي[(2)] ، وقال في « الوسيط » : لو أفلت من الشبكة . . لا يزول ملكه عنه **على الصحيح**[(3)] .

٥٥١٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٥] : (**ولو وقع صيد في ملكه وصار مقدوراً عليه بتوحل وغيره . . لم يملكه في الأصح**) فيه أمران :

أحدهما : لا يتقيد ذلك بأن تكون الأرض ملكه ، بل لو كانت مستأجرة أو مستعارة أو مغصوبة وهي تحت يد الغاصب . . كان الحكم كذلك ، ذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقد يتوقف في الغاصب إلا أن يكون له في الأرض المغصوبة مزرعة وتوحل فيها ، وقد عبر في « أصل الروضة » بقوله : (لو توحل صيد بمزرعته)[(4)] وهو يقتضي ما ذكرناه ، فلو غصب أرضاً ولم يزرع بها شيئاً فجاءت الأمطار فصيرتها ذات توحل . . فكيف يجري وجه بأن الصيد المتوحل للغاصب ؟!

ثانيهما : قال الإمام : محل الخلاف : ما إذا لم [يكن][(5)] سقي الأرض بما يقصد به توحل الصيود ، وإلا . . فهو كنصب الشبكة ، وكلام الروياني يقتضيه ، كذا في « أصل الروضة » هنا[(6)] ، لكنه حكىٰ في (إحياء الموات) عن الإمام عكسه[(7)] ، كذا في « المهمات » .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لا تناقض بينهما ؛ فالمذكور في الإحياء قصد التملك ، والمذكور هنا أن يكون التوحل مما يقصد به في العادة الاصطياد ، ويوافق الأول قول « الحاوي » [ص ٦٢٦] : (**كأن عشش في بنائه بقصده**) .

٥٥١٦ـ قوله : (**ودونه** ـ أي : دون القصد ـ **وإلىٰ واسع كالتحجر**)[(8)] يقتضي أولوية صاحب

---

(١) المحرر (ص ٤٦٤) ، فتح العزيز (١٢/ ٣٧) ، الروضة (٣/ ٢٥٠٤) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ٤٠) .
(٣) الوسيط (٥/ ٢٨١) .
(٤) الروضة (٣/ ٢٥٥) .
(٥) في (ب) ، (ج) : (يمكن) .
(٦) الروضة (٣/ ٢٥٥) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٨/ ١٥١) .
(٧) الروضة (٥/ ٢٩١) .
(٨) انظر « الحاوي » (ص ٦٢٧) .

الدار ، وأن غيره لو أخذه . . ملكه كما في « البحر » ، وهو مقتضىٰ كلام « أصل الروضة » هنا[1] ، **وصححه** من زيادته في أوائل (إحياء الموات)[2] ، لكنه **صحح** خلافه في أواخر (الوليمة)[3] ، وفي « الوسائل » لأبي الخير بن جماعة : أنه لو استأجر سفينة فدخل فيها سمك . . فهل هو للمستأجر ؛ ليده وملكه منفعتها ، أو للمالك ؛ لأن هـٰذه ليست من المنافع التي تقع الإجارة عليها ؟ وجهان .

٥٥١٧ـ قول « التنبيه » [ص ٨٣] : (**ومن ملك صيداً ثم أرسله . . لم يزل ملكه عنه في أصح الوجهين**) و« المنهاج » [ص ٥٣٥] : (**وكذا بإرسال المالك له في الأصح**) زاد في « الروضة » أنه **المنصوص**[4] ، وهو وهم ؛ فإن **المنصوص** : زواله إن قصد إخراجه عن ملكه ، ذكر الروياني في « التجربة » أن الشافعي نص عليه في « المبسوط » ولذلك حكاه الرافعي[5] ، فكيف يفتىٰ بخلاف النص ؟! وهـٰذا وارد علىٰ قول « الحاوي » أيضاً [ص ٦٢٧] : (**وإن أفلت**) وذكر النشائي أن لفظ « التنبيه » : (**في أصح القولين**) ثم قال : **المشهور** وجهان كما في « المهذب » . انتهىٰ[6] .

وذكر بعضهم أنهما قولان مخرجان للأصحاب ، ثم محل الخلاف في مالك مطلق التصرف ، فأما الصبي أو المجنون أو المحجور عليه بسفه أو فلس أو المكاتب الذي لم يأذن له سيده . . فإنه لا يزول ملكه قطعاً ، فلو قال مطلق التصرف عند إرساله : أبحته لمن يأخذه . . فلمن أخذه أكله بلا ضمان ، لكن لا ينفذ تصرفه فيه .

٥٥١٨ـ قول « الحاوي » [ص ٦٢٧] : (**كأن أعرض عن كسرَةٍ**) أي : فإنه لا يزول ملكه عنها ، تبع فيه الرافعي[7] ، وقال النووي : **الأرجح** : أنه ـ أي : الآخذ ـ يملك الكسرة والسنابل ونحوها ، ويصح تصرفه فيها بالبيع وغيره ، وهـٰذا ظاهر أحوال السلف[8] .

٥٥١٩ـ قوله : (**لا جلد ميتة**)[9] أي : لو أعرض عن جلد ميتة فأخذه غيره ودبغه . . مَلَكَه ، كذا **صححه** في « الروضة » وغيرها[10] ، والرافعي إنما قال : إنها أولىٰ بثبوت الملك للآخذ من

---

(١) الروضة (٣/ ٢٥٥) .
(٢) الروضة (٥/ ٢٨٨) .
(٣) الروضة (٧/ ٣٤٣) .
(٤) الروضة (٣/ ٢٥٦) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٤١) .
(٦) نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه (ق ٧٧) ، وانظر « المهذب » (١/ ٢٥٧) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٤٢) .
(٨) انظر « الروضة » (٣/ ٢٥٧) .
(٩) انظر « الحاوي » (ص ٦٢٧) .
(١٠) الروضة (٣/ ٢٥٧) .

مسألة الكسرة ونحوها ؛ لأنه لم يكن ملكاً للأول ، وإنما كان له نوع اختصاص ، والاختصاص المجرد يضعف بالإعراض[1] .

٥٥٢٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٥] : (**ولو تحول حمامه إلىٰ برج غيره.. لزمه رده**) أي : لزم ذلك الغير رده ، لا بد من تقييد ؛ بأن يأخذه ذلك الغير ، كما هو في عبارة الشافعي رضي الله عنه في « المختصر »[2] فإنه إذا لم يأخذه.. لم يدخل تحت يده وبتقدير دخوله تحت يده.. فهو كتطيير الريح ثوباً إلىٰ داره ، فهو أمانة شرعية لا يلزم ردها بحيث يباشر ذلك ويتحمل مؤنته ، وإنما عليه إعلام المالك بذلك ، وتمكينه من أخذه كالوديعة الاختيارية .

٥٥٢٠/ ١ـ قوله : (**فإن اختلط وعسر التمييز.. لم يصح بيع أحدهما وهبته شيئاً منه لثالث**)[3] فيه أمران :

أحدهما : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه كلام فيه نقص ؛ لأن الصورة : تحول حمامه إلىٰ برج غيره ، فلا يصح بيع صاحب البرج الذي وقع فيه الاختلاط ، وتمام التصوير : فإن انتقل من حمام كل واحد منهما إلىٰ برج صاحبه واختلط وعسر التمييز .

قلت : لا نقص في تصوير « المنهاج » فقد حصل الاختلاط في هـٰذا البرج ، فلا يختص الحكم بصاحب البرج لوجود حمام للآخر فيه ، ولا يحتاج في تمام التصوير إلىٰ حصول اختلاط في برجين ، والله أعلم .

ثانيهما : قال شيخنا أيضاً : محله : ما إذا باع أو وهب شيئاً معيناً بالشخص ، ثم لم يظهر أنه ملكه ؛ ولهـٰذا وَجّهُوا إبطال ذلك بأنه لا يتحقق الملك فيما باعه ، فأما إذا باع شيئاً معيناً بالجزء ؛ كنصف ما يملكه ، أو باع جميع ما يملكه والثمن فيهما معلوم.. صح ؛ لأنه يتحقق الملك فيما باعه ، وحل المشتري هنا محل البائع ، كما لو باعا من ثالث مع جهل الأعداد.. فإنه يصح كما سيأتي إذا كان الثمن معلوماً ، ويحتمل الجهل في المبيع للضرورة .

قلت : الفرق بينهما أن جملة المبيع للمشتري معلومة ، وما يلزمه لكل منهما من الثمن معلوم ، وإن لم يعلم قدر ما اشتراه من كل منهما ، فاغتفر الجهل بذلك للضرورة ، مع أنه لا يترتب على الجهل به مفسدة، فلا يلزم من اغتفار الجهل به اغتفار الجهل بجملة ما اشتراه المشتري ، والله أعلم.

أما لو باع أو وهب شيئاً معيناً بالشخص الثالث ثم ظهر أنه ملكه.. فإنه يصح ، وهو أولىٰ بالصحة مما لو باع مال أبيه علىٰ ظن حياته فبان موته .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٤٢) .

(٢) مختصر المزني (ص ٢٨٢) .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٣٥) .

٥٥٢١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٥] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٦٢٨] : (**ويجوز لصاحبه في الأصح**) نازع فيه شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : إنه ليس بصحيح .

٥٥٢٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٥] : (**فإن باعاهما والعدد معلوم والقيمة سواء .. صح ، وإلا .. فلا**) فيه أمور :

أحدها : ما ذكره من البطلان عند الجهل بعدد ما لكل منهما جزم به الرافعي والنووي في كتبهما[١] ، وحكاه ابن الرفعة عن الإمام فقط ، فقال : **والوجه عندي** : عدم الصحة ، قال : فالطريق أن يقول كل منهما : بعتك الحمام الذي لي في هـٰذا البرج بكذا ، فيكون الثمن معلوماً ، ويحتمل جهل المبيع للضرورة ، كذا في « النهاية » : (الحمام الذي لي)[٢] ، وليس في « الروضة » و« الشرحين » لفظة : (لي)[٣] ، ولا بد منها ؛ ولهـٰذا التصوير قال « الحاوي » [ص ٦٢٨] : (**أو باع بعلم القيمة**) فهـٰذا يتناول ما إذا علم كل منهما عدد ما له ، وما إذا لم يعلم لكنه باعه بثمن معين ، وهـٰذه واردة على « المنهاج » ، وهي مشكلة ؛ لأن مقتضىٰ كلامهم : أنه إذا ابتدأ بذلك أحدهما .. كانت صحته موقوفة على الآخر ، وهو خلاف القواعد .

ثانيها : مقتضىٰ كلامه : أنه إذا عُلم العدد ولم تستو القيم .. لم يصح ، وقد أكَّدَه بقوله : (**وإلا .. فلا**) فإنه صريح في البطلان عند فقد أحد الأمرين ، وهو مقتضىٰ كلام « الروضة » أولاً ؛ فإنه اعتبر الوصفين ، لكنه لم يتكلم بعد ذلك إلا علىٰ جهل العدد ، وقال شيخنا ابن النقيب : إن ما اقتضته عبارة « المنهاج » في ذلك ظاهر[٤] ، لكن قال في « المهمات » : إن اشتراط تساوي القيمة لا معنىٰ له مع اشتراط توزيع الثمن علىٰ أعدادها .

قلت : ولا يرد ذلك على « المنهاج » لأنه لم يذكر توزيع الثمن علىٰ أعدادها .

ثالثها : قوله : (**باعاهما**) أي : حماميهما ، قال في « أصل الروضة » : أو باعا بعضه[٥] ، والرافعي ذكره في آخر المسألة استداركاً على « الوجيز »[٦] ، قال في « المهمات » : التفسير الذي ذكره لا يأتي في البعض سواء كان معيناً بالجزئية كالنصف لزيادة الجهل ؛ فإنه كان مجهولاً بين اثنين فيصير بين ثلاثة ، أو بإفراد شيء منه كعشرة مثلاً ؛ لأن كل واحد لا يدري ما له من ملك العشرة فيكون الجهل باقياً أيضاً .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٤٤) .

(٢) نهاية المطلب (١٨/ ١٥٦) ، وفيه : (بعتك الحمام التي) .

(٣) لفظة : (لي) موجودة في « الروضة » . فتح العزيز (١٢/ ٤٤) ، الروضة (٣/ ٢٥٩) .

(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ٨٠) .

(٥) الروضة (٣/ ٢٥٩) .

(٦) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٤٥) .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وجوابه : أن المراد : بعض معين بالجزئية ، ولا جهل حينئذ ، وكونه كان مجهولاً بين اثنين فصار ثلاثة ، لا يقتضي إبطال العقد ، وقد سبق أنه يجوز أن يبيع أحدهما من ثالث نصف ملكه فيه ، فكذلك يجوز أن يبيع كل واحد منهما من ثالث نصف ملكه ، ولا تضر كثرة الشركاء ، وليس ذلك مقتضياً للإبطال .

٥٥٢٣ـ قول « الحاوي » [ص ٦٢٨] : (**أو التقارّ**) أي : بأن يقر كل منهما لصاحبه بعدد فيتصالحان علىٰ ذلك ؛ ليمكن توزيع الثمن ، وهـٰذا معنىٰ قول « الوسيط » : إنهما لو تصالحا علىٰ شيء . . صح البيع ، واحتمل الجهل بقدر المبيع[1] .

٥٥٢٤ـ قول « المنهاج » فيما لو جرح الصيدَ اثنان متعاقبان [ص ٥٣٥ ، ٥٣٦] : (**وإن أزمن** ـ أي : الأول ـ . . **فله ، ثم إن ذَفَّفَ الثاني بقطع حلقوم ومريء . . فهو حلال ، وعليه للأول ما نقص بالذبح**) أي : وهو ما بين قيمته زمناً ومذبوحاً ، قال الإمام : وإنما يظهر التفاوت إذا كان فيه حياة مستقرة ، فإن كان متألماً بحيث لو لم يذبح لهلك . . فما عندي أنه ينقص منه بالذبح شيء[2] .

وتعقبه شيخنا في « تصحيح المنهاج » : بأن الكلام في إزمان الأول ، وفرض الإمام في تذفيفه ، فلا يجيء بعده تذفيف .

قلت : وجوابه : أنه لا يلزم من كون جراحة الأول مزمنة فقط ألاَّ ينتهي بها الإزمان إلىٰ ألاَّ يصير فيه حياة مستقرة ، فلا يلزم من وجود هـٰذه الحالة أن يكون جراحة الأول مذففة ، ثم تعقبه شيخنا أيضاً : بأن الجلد ينقص بالقطع ، فيجب على الثاني نقصه ، وإن وصل إلىٰ حالة التذفيف ، وعلىٰ هـٰذا : فلا يتعين في ضمان النقص أنه ما بين قيمته زمناً ومذبوحاً .

٥٥٢٥ـ قوله : (**وإن ذفف لا بقطعهما ، أو لم يذفف ومات بالجرحين . . فحرام ، ويضمنه الثاني للأول**)[3] أي : يضمن جميع قيمته ، وهـٰذا صحيح فيما إذا ذفف الثاني ، فأما إذا لم يذفف . . فلا يضمن الجميع في **الأصح** ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٦٢٧] : (**وإن لم يذفف ومات بهما فكعبد يعاد من عشرة إلىٰ تسعة فجرح . . ضَمِنَ عشرةً من تسعةَ عشرَ جزءاً من عشرة ، والآخر تسعة منها**) وصورة المسألة المبني عليها : أن يجني جان علىٰ عبد قيمته عشرة دنانير فعادت بالجناية إلىٰ تسعة ، ثم جرحه جانٍ آخر جناية أرشها دينار أيضاً ومات بالجرحين . . يجمع بين قيمتي يوم الجنايتين ، فيكون تسعة عشر ، ويقسم علىٰ هـٰذا العدد ما فوتته الجنايتان ، وهو عشرة دنانير ، فعلى الأول عشرة أجزاء من تسعة عشرة جزءاً من عشرة دنانير ، وعلى الثاني تسعة أجزاء من تسعة

---

(١) الوسيط (٧/١٢١) .

(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٨/١٣٣ ، ١٣٤) ، وفيه : (أنه لا ينقص منه شيء) .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٣٦) .

عشر جزءاً من عشرة ، وهـٰذا أحد أوجه ستة محكية في « أصل الروضة » تصريح بلا ترجيح ، لكنه حكىٰ إطباق العراقيين علىٰ **ترجيحه**[1] ، فإذا ظهر هـٰذا . . ففي مسألة الصيد أيضاً يجمع بين القيمتين ، لكن الجارح الأول فيها مالك . . فلا ضمان عليه ؛ لسقوط حصته ، بل على الثاني ، ثم محل ذلك : ما إذا تمكن من ذبحه فلم يذبحه ، فلو لم يتمكن الأول من ذبحه . . لزم الثاني تمام قيمته زمناً .

ومقتضىٰ كلامهم : أنه لو ساوىٰ سالماً عشرة وزمناً تسعة . . وجوب تسعة ، وقال صاحب « التقريب » : إذا ساوىٰ سليماً عشرة وزمناً تسعة ومذبوحاً ثمانية . . ينبغي أن يجب ثمانية ونصف ، **وصححه** الرافعي[2] ، قال الإمام : وفيه نظر[3] ، وإن تمكن من ذبحه . . لزم الثاني أرش جرحه إن نقص .

٥٥٢٦ـ قول « الحاوي » [ص ٦٢٧ ، ٦٢٨] : (**فإن أزمنا . . فللثاني ، وإن جرح الأول ثانياً . . ضمن الربع**) محله : ما إذا لم تكن هـٰذه الجراحة الثانية مذففة ، وتمكن الثاني من ذبحه ، فإن كانت مذففة ؛ فإن أصاب المذبح . . حل ، وعليه للثاني ما نقص من قيمته بالذبح ، وإلا . . حرم ، وعليه قيمته مجروحاً بجراحته الأولىٰ وجراحة الثاني ، وكذا إن لم يذفف ولم يتمكن الثاني من ذبحه .

٥٥٢٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٦] : (**وإن جرحا معاً وذففا أو أزمنا . . فلهما**) كذلك إذا أزمن أحدهما وذفف الآخر ، وقد تناوله قول « الحاوي » [ص ٦٢٨] : (**كأن تساويا**) فإن المراد : تساوي الجرحين في سبب الملك ، والإزمان مملك كما أن التذفيف بمذفف مملك ، وكذلك لو احتمل أن يكون الإزمان بهما أو بأحدهما ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٦٢٨] : (**وإن احتمل ملكاً واستحلا**) أي : يستحب أن يستحل كل واحد الآخر تورعاً .

٥٥٢٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٦] : (**وإن ذفف واحدٌ وأزمن آخر وجُهل السابق . . حرم على المذهب**) محله : ما إذا كان في غير المذبح ، فإن كان في المذبح . . فهو حلال جزماً ، وقد يتناوله قول « الحاوي » أولاً [ص ٦٢٧] : (**لا في المذبح**) لكن كلامه إنما هو عند معرفة السابق ؛ بدليل قوله بعده : (**وضمن الثاني قيمته**)[4] .

* * *

---

(١) الروضة (٣/ ٢٦٣) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٥٢) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ١٤٣) .
(٤) الحاوي (ص ٦٢٧) .

كتاب الأضحية

٥٥٢٩ـ قولهما : (**الأضحية سنة**)[١] فيه أمران :

أحدهما : قد يفهم أنها سنة عين ، وليس كذلك ، وإنما هي سنة على الكفاية ، إذا أتىٰ بها واحد من أهل البيت . . تأدت السنة عنهم .

ثانيهما : لم يُبَيِّنا من هي سنة في حقه ، إلا أن « المنهاج » أشار إلىٰ بعض ذلك بقوله في آخر الباب : (**ولا تضحية لرقيق**)[٢] ، وبيانه : أنها إنما تسن للحر القادر ، وكذا المبعض بما ملكه بحريته ، ولا بد من اعتبار الإسلام ، فلا تتعلق سنة الأضحية بالكافر ، وقال في « الأم » : إنه لا يضحىٰ عما في البطن[٣] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ويظهر من ذلك أن سنتها تتعلق بمن يولد عند دخول وقت الأضحية ، فمن كان حملاً ذلك الوقت ثم انفصل بعد في يوم النحر أو ما بعده . . لم تتعلق به سنة الأضحية ، قال : ولم أر من تعرض لذلك ، وخرجته من زكاة الفطر . انتهىٰ

واستثنى العبدري من ذلك : الحاج بمنىٰ ؛ فإنه لا أضحية في حقه ؛ لأن ما ينحر بمنىٰ يكون هدياً لا أضحية ، قال النووي : وهو فاسد مخالف لنص الشافعي في « البويطي » علىٰ أنها سنة للحاج بمنىٰ ، من كان معه هدي ومن لم يكن ، وصرح به القاضي أبو حامد وغيره ، وفي « الصحيحين » : (أنه عليه الصلاة والسلام ضحىٰ في منىٰ عن نسائه بالبقر)[٤] .

٥٥٣٠ـ قول « التنبيه » [ص ٨١] : (**إلا أن ينذر**) قال في « الكفاية » : يرد علىٰ حصره قوله : جعلت هـٰذه الشاة أضحية ؛ فإنها تجب ، وليس بنذر ، بل ألحقوه بالتحرير ، وقد ذكر الغزالي الصورتين[٥] ، وجمعهما قول « المنهاج » [ص ٥٣٧] : (**لا تجب إلا بالالتزام**) لكن مقتضاه : أنه لو قال : التزمت الأضحية ، أو هي لازمة لي . . لزمته .

قال في « التوشيح » : ولا قائل به فيما أحسبُ .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لا يساعد عليه المنقول ؛ فإن قوله : (التزمت

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٨١) ، و« المنهاج » (ص ٥٣٧) .

(٢) المنهاج (ص ٥٣٨) .

(٣) الأم (٢/٢٢٦) .

(٤) صحيح البخاري (٢٩٠) ، (٥٢٢٨) ، صحيح مسلم (١٢١١) ، وانظر « الروضة » (٣/٢٢٨ ، ٢٢٩) .

(٥) في النسخ : (في الصورتين) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله أعلم . انظر « الوجيز » (٢/٢١١) .

الأضحية) لم يشتهر اشتهار : (الطلاق لازم لي) فهو كناية قطعاً لا يلزم بمجرده ، بل بنيّة ، بخلاف نظيره من الطلاق ؛ ففيه خلاف .

وفي « أصل الروضة » عن « البحر » : لو قال : (إن اشتريت شاة . . فلله عليَّ أن أجعلها أضحية) . . فهو نذر مضمون في الذمة ، فإذا اشترىٰ شاة . . فعليه جعلها أضحية ، ولا تصير بالشراء أضحية ، ولو عين فقال : (إن اشتريت هٰذه الشاة . . فلله عليّ جعلها أضحية) . . فوجهان[1] ، **والأقيس** في « شرح المهذب » : أنه لا يلزمه تغليباً لحكم التعين ، وقد أوجبها قبل الملك[2] ، ولا بد من تقييد المسألة بأن يقصد الشكر علىٰ حصول الملك ، فإن قصد الامتناع . . فهو نذر لجاج كما ذكره الرافعي في نظيره من نذر إعتاق العبد إذا ملكه[3] ، ولم يذكر في « المهذب » قوله : (**إلا أن ينذر**) كأنه لفهمه من كونها سنة ، ومن ذَكَرَه رفع به توهم الوجوب بحمل السنة على الطريقة التي هي أعم من الواجب والمندوب ، ونص علىٰ أن الشراء بنيّة التضحية لا يصير أضحية بذلك ما لم يلتزمها بالنذر .

واعلم : أن الواجبة بالنذر أو بجعلها أضحية غير التي تسن التضحية بها ؛ فإنه لا يشترط فيها السلامة ، فلو نذر التضحية بمعينة أو صغيرة أو جعلها أضحية . . وجب ذبحها ؛ لالتزامه ، وتكون قربة وتفريق لحمها صدقة ، ويختص ذبحها بيوم النحر ، ويجري مجرى الأضحية في الصرف **على الأصح** فيهما .

٥٥٣١ـ قول « التنبيه » [ص ٨١] : (**والمستحب لمن دخل عليه عشر ذي الحجة وأراد أن يضحي ألاَّ يحلق رأسه ولا يقلم ظفره**) يرد عليه أن ذلك لا يختص بشعر الرأس ولا بالحلق ، وقد سلم « الحاوي » من الأول بقوله [ص ٦٣١] : (**وترك المضحي الحلق والقلم عشر ذي الحجة**) ، ويوافقه قوله في بعض نسخ « التنبيه » أو أكثرها : (**شعره**) ، وسلم منهما « المنهاج » بقوله [ص ٥٣٧] : (**ويسن لمريدها ألاَّ يزيل شعره ولا ظفره في عشر ذي الحجة حتىٰ يضحي**) .

ويرد عليهم جميعاً : أن سائر أجزاء البدن كالشعر ، حكاه في زيادة « الروضة » عن إبراهيم المروذي[4] ، وفي « شرح مسلم » عنه وعن غيره[5] ، وقال في « المهمات » : ما يزال من أجزاء البدن قد تكون إزالته واجبة ؛ كختان البالغ وقطع يد السارق والجاني بعد الطلب ونحوها ، وقد تكون مستحبة ؛ كختان الصبي ، وقد يباح كقلع السن الوجعة والفصد والحجامة ونحوهما ؛ فإن

(١) الروضة (٣/ ١٩٢) .
(٢) المجموع (٨/ ٢٧٦) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٥٧٥) .
(٤) الروضة (٣/ ٢١٠) .
(٥) شرح مسلم (١٣/ ١٣٩) .

الدم من الأجزاء كما صرحوا به في الطلاق ، فتأخير الواجب لا يجوز فضلاً عن كونه مستحباً .

وأما الثاني : فالتضحية من مال الصبي ممتنعة .

وأما الثالث : فالأمر بها مبناه الآلام فيه بعد ؛ فقد يقال : صورته فيما إذا كان في بيت المضحي صبي . . فإنه تحصل السنة في حقه بتضحية صاحب البيت ، وقد يمنع ، وهو **الأوجه** ؛ فإن الأحاديث وعبارات الأئمة إنما دلت عليه في حق من أراد التضحية ، وهـٰذا لم يُردها ، وأقرب ما يصور به الفصد والحجامة وقطع السلعة ونحو ذلك مما يؤتي به بغير ألم عاجل . انتهىٰ .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : المراد به : قطع جلدة ونحوها مما لا يضر قطعها ، ولا حاجة له في قطعها ، ولا يتناول فصداً ولا حجامة ، ومن أدخل ذلك في هـٰذا الموضع فقد أخطأ ، ثم استدل بقوله في رواية الشافعي وابن ماجه : « فلا يمس من شعره ولا من بشره شيئاً »[1] ، وهو أحد ألفاظ « مسلم » أيضاً ، قال : والبشرة تعم أجزاء البدن غير الشعر والظفر . انتهىٰ .

ومراد « التنبيه » و« الحاوي » : استحباب ترك ذلك حتىٰ يضحي كما صرح به « المنهاج »[2] ، وتقييده هو و« الحاوي » ذلك بعشر ذي الحجة يفهم أنه لو لم يضح يوم النحر . . فلا بأس بالحلق في أيام التشريق ، وإن كان علىٰ عزم التضحية في بقيتها ، وليس كذلك ؛ ولهـٰذا لم يقيده « التنبيه » و« الروضة » وأصلها بعشر ذي الحجة ، فلو ضحىٰ يوم النحر وعزمه التضحية بعد ذلك . . فهل يكف عن أحدهما للتضحية الثانية أم لا ؟ مقتضى التعليل ببقائها لتشملها المغفرة أو بالتشبه بالمحرمين : زوال هـٰذا الاستحباب ؛ لحصول المقصود .

وقال شيخنا الإسنوي في « التمهيد » : يتجه تخريجه علىٰ مسألة أصولية ، وهي : أن الحكم المعلق علىٰ معنىً كلي هل يكفي فيه أدنى المراتب ؛ لتحقق المسمىٰ فيه أم يجب الأعلى احتياطاً ؟ **والصحيح** : القول الأول[3] ، وتردد شيخنا في « تصحيح المنهاج » فيما لو أخر الناذر التضحية بمعين إلى انقضاء أيام التشريق ، ورجح بقاء الكراهة ؛ لأن عليه أن يذبحها قضاء ، وفيما لو نذر التضحية ولم يُرد فعلها .

واعلم : أن هـٰذا الاستحباب مؤكد ، فلو خالفه . . كره ، وقيل : يحرم .

٥٥٣٢ـ قول « التنبيه » [ص ٨١] : (**والأفضل أن يذبحها بنفسه ، فإن لم يحسن . . فالأفضل أن يشهد ذبحها**) مقتضاه : أنه لا ينتقل للاستحباب الثاني إلا من لا يحسن ، وعبارة « المنهاج » [ص ٥٣٧] : (**وإلا . . فيشهدها**) ومعناه : إن لم يذبح بنفسه ؛ إما لعجز أو غيره ، ويوافقه قول

---

(١) صحيح مسلم (١٩٧٧) ، سنن ابن ماجه (٣١٤٩) ، مسند الشافعي (١/ ١٧٥) .

(٢) في حاشية (ج) : (وكذا في بعض نسخ « التنبيه ») .

(٣) التمهيد (ص ٢٦٣) .

« الحاوي » [ص ٦٣١] : (**وأن يضحي أو يشهد**) ومقتضاه : تأدي الاستحباب بالحضور مع الإحسان ، ويستثنىٰ من ذلك : المرأة ؛ فالأولىٰ أن تستنيب ، ذكره في « شرح المهذب » هنا[١] ، وفي « تصحيح التنبيه » في صفة الحج[٢] ، وذكر بعضهم أن الخنثىٰ في ذلك كالمرأة .

٥٥٣٣ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**ولا تصح إلا من إبل وبقر وغنم**)[٣] لا يخفىٰ أن المراد : البقر الإنسية ولو كانت جاموساً دون بقر الوحش وإن دخل في اسم البقر ، حتىٰ يحنث بأكله فيما إذا حلف لا يأكل لحم بقر ، فلو تولد بين أنثىٰ من البقر وذكر من الغنم مثلاً ولد واستكمل سنتين . . فقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **القياس** إجزاؤه ؛ لأن كلاً من أصله يضحىٰ به ؛ ولهـٰذا لم يستثنوا هنا وفي الزكاة إلا المتولد بين الغنم والظباء .

٥٥٣٤ـ قول « التنبيه » [ص ٨١] : (**ويجزىء في الأضحية الجذعة من الضأن ، وهي : ما لها ستة أشهر**) **الأصح** : أنها ما لها سنة ودخلت في الثانية ، وعليه مشى « المنهاج »[٤] ، لكن ذكر العبادي والبغوي : أنه لو أجذع قبل السنة ـ أي : سقطت أسنانه ـ . . أجزأ[٥] ، ويكون الإجذاع هنا كالاحتلام الذي يسبق خمس[٦] عشرة ، وهو ظاهر كلام « الحاوي » فإنه لم يعتبر إلا كونه جذعاً من غير تقييد سن[٧] ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : واختاره الروياني ، وهو **الأصح المعتمد** .

٥٥٣٥ـ قول « التنبيه » [ص ٨١] : (**والثنية من المعز : ما لها سنة**) **الأصح** : أنها ما له سنتان ودخل في الثالثة ، وعليه مشى « المنهاج »[٨] ، وقد تقدم أن الواجبة بالنذر أو بجعلها أضحية تجزىء مع صغرها عن هـٰذا السن .

٥٥٣٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٧] : (**ويجوز ذكر وأنثىٰ**) لا يفهم منه أفضلية الذكر ، وقد صرح به « الحاوي » فقال [ص ٦٣١] : (**وذكر أكمل**) .

٥٥٣٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٧] : (**والبعير والبقرة عن سبعة**) لو قال : (أو البقرة) . . كان أولىٰ ؛ فإن كلاً منهما يجزىء عن سبعة كما صرح به « التنبيه »[٩] ، وهو معنى

---

(١) المجموع (٨/٢٩٨) .
(٢) تصحيح التنبيه (١/٢٥٣) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٨١) ، و« الحاوي » (ص ٦٢٩) ، و« المنهاج » (ص ٥٣٧) .
(٤) المنهاج (ص ٥٣٧) .
(٥) انظر « التهذيب » (٨/٣٩) .
(٦) في النسخ : (خمسة) ، ولعل الصواب ما أثبت .
(٧) الحاوي (ص ٦٢٩) .
(٨) المنهاج (ص ٥٣٧) .
(٩) التنبيه (ص ٨١) .

« الحاوي » [ص ٦٢٩] : (**ويجزىء عن سبعة**) أي : ثني الإبل والبقر .

٥٥٣٨ـ قول « التنبيه » [ص ٨١] : (**وأفضلها البدنة ، ثم البقرة ، ثم الجذع من الضأن ، ثم الثنية من المعز**) قد يرد عليه : أن سبعاً من الغنم أفضل من بدنة ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٦٣١] : (**والأولىٰ سبع غنم ، ثم بدنة ، ثم بقرة**) وقد يقال : لا يرد ؛ لأن الكلام في الأضحية الواحدة وسبع الغنم سبع ضحايا ؛ ولهـٰذا لم يذكره « المنهاج » في أول كلامه ، بل جزم بأن أفضلها بعير ، ثم قال : (**وسبع شياهٍ أفضل من بعير**)(١) .

وقول « المنهاج » [ص ٥٣٧] : (**ثم بقرة**) قال في « الدقائق » : إنه زائد(٢) ، قال شيخنا ابن النقيب : وقد رأيته في « المحرر » فلعل النسخ فيه مختلفة(٣) .

٥٥٣٩ـ قولهم : (**لا يجزىء فيها معيب**)(٤) تقدم أنه يستثنىٰ منه : ما لو نذر التضحية بمعيبة(٥) ، أو جعلها أضحية . . فإنه يذبحها مع العيب .

٥٥٤٠ـ قولهما : (**إن المراد بالعيب هنا : ما ينقص اللحم**)(٦) اقتصر عليه « التنبيه » ، وفصله « المنهاج » بعده ، واقتصر « الحاوي » على التفصيل(٧) ، ولم يذكر هـٰذا الضابط ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إن فيه إلباساً ؛ فإنه إن أريد : ما حصل نقص اللحم بسببه . . ورد عليه أنه لو أخذ الذئب فلقة يسيرة من فخذها أو من عضو كبير . . فإنه تجوز التضحية بها مع نقصان اللحم ، وأن العوراء البين عورها لا تجزىء ، ولو كانت سمينة ، لم يحصل نقص في لحمها ، وكذا لو انكسرت رجل الحيوان وهو تحت السكين قبل ذبحه . . فلا يجزىء في أضحية التطوع على **الأصح** ، وإن أريد: الذي من شأنه أن ينقص اللحم وإن لم يحصل نقص . . ورد عليه الفحل الذي كثر نزوانه والأنثى التي كثرت ولادتها ؛ فإن ذلك مظنة النقص ، ومع ذلك يجزئان ، وكذلك تجزىء الحامل مع أن شأن الحمل تنقيص اللحم ، كذا قال ابن الرفعة : إنه **المشهور** ، قال : وعدم إجزائها وجه حكاه العجلي ، وجزم في الزكاة من « شرح المهذب » بعدم إجزائها ، وعزاه للأصحاب(٨) ، وحكاه في « المهمات » عن الشيخ أبي حامد والمتولي والعمراني والبندنيجي في « الذخيرة » وصاحب

---

(١) المنهاج (ص ٥٣٧) .
(٢) الدقائق (ص ٧٥) .
(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ٨٥) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٨١) ، و« الحاوي » (ص ٦٢٩) ، و« المنهاج » (ص ٥٣٧) .
(٥) كذا في (د) ، والذي في (ب) و(ج) : (بمعينة) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ٨١) ، و« المنهاج » (ص ٥٣٧) .
(٧) الحاوي (ص ٦٢٩) .
(٨) المجموع (٥/ ٣٨٣) .

« الاستقصاء » ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : أخرجت من نصوص الشافعي التصريح بجواز الأضحية بالحامل ، واتفاق الأصحاب علىٰ ذلك ، وذلك ما لم يحصل فيه نقص أو حصل نقص يسير ، فإن حصل نقص فوق اليسير ودون الفاحش . . فهو محل الخلاف الذي ذكره العجلي ، وإن حصل نقص فاحش وتفاحش نقصان اللحم . . فهـٰذه يمنع الأضحية بها .

٥٥٤١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٧] : (**فلا تجزىء عجفاء**) هي التي ذهب مخها من شدة هزالها ، فإن قل هزالها ولم يذهب مخها . . أجزأت ، كذا أطلقه كثيرون ، وقال الماوردي : إن كان خلقياً . . أجزأت ، أو لمرض . . فلا[1] ، وقال الإمام : لا يعتبر العجف البالغ ، وضبطه : بألاَّ يرغب في لحمها الطبقة العليا في زمن الرخاء[2] ، وعبر « الحاوي » عن ذلك بأنه لا يجزىء بيّن الهزال[3] .

٥٥٤٢ـ قوله : (**ومجنون لا يرعىٰ**)[4] مقتضاه : أنه لو رعىٰ يسيراً . . أجزأ ، لكن الذي في « الروضة » وأصلها : أنه ورد النهي عن التولاء ، وهي المجنونة التي [تستدير في][5] المرعىٰ ولا ترعىٰ إلا قليلاً فتهزل[6] ؛ ولذلك أطلق « المنهاج » أنه لا تجزىء المجنونة[7] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هـٰذا الحكم لم يذكره الشافعي في شيء من كتبه ، ولم يذكروا فيه حديثاً ثابتاً ، والبهائم لا يطلب منها العقل ، وإذا كانت التولاء سمينة . . جازت الأضحية بها ، فإن كانت هزيلة . . امتنعت كالعجفاء .

٥٥٤٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٧] : (**ومقطوعة بعض أذن**) محله : ما إذا أبين ، وقد ذكر بعده أنه لا يضر شق أذن ، ثم إن ذلك لا يختص بالأذن ، فلو قال كـ « الحاوي » [ص ٦٢٩] : (**وفائت جزء**) . . لكان أحسن ، فلو خلقت بلا أذن . . لم يجز ، جزم به في « أصل الروضة »[8] ، ونص عليه في « الأم »[9] ، بخلاف المخلوقة بلا ألية أو بلا ذنب أو بلا ضرع . . فإنها تجزىء **في الأصح** ، لكن **صحح** شيخنا في « تصحيح المنهاج » : عدم الإجزاء في الأخريين ، وجزم الماوردي والبغوي

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ٨٢) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ١٦٤) .
(٣) الحاوي (ص ٦٢٩) .
(٤) انظر « الحاوي » (ص ٦٢٩) .
(٥) في (ب) ، (د) : (تستدبر) .
(٦) فتح العزيز (١٢/ ٦٦) ، الروضة (٣/ ١٩٥) .
(٧) المنهاج (ص ٥٣٧) .
(٨) الروضة (٣/ ١٩٦) .
(٩) الأم (٢/ ٢٢٥) .

بعدم الإجزاء في المخلوقة بلا ذنب[1] ، وزاد البغوي فجزم بعدم إجزاء المخلوقة بلا ألية أيضاً[2] .

٥٥٤٤ـ قول « الحاوي » فيما لا يجزىء [ص ٦٢٩] : (**وأعورُ**) أحسن من تقييد « المنهاج » العور بالبيّن[3] ؛ فإنه غير محتاج إليه ؛ لأن المدار في عدم الإجزاء علىٰ ذهاب الضوء من إحدي العينين وإن بقيت الحدقة .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إن أراد بالبين : ذهاب الحدقة أو نورها كله . . اقتضىٰ أنه لو غطى البياض أكثر الحدقة . . لم يمنع ، وليس كذلك ؛ فقد جزم الماوردي والروياني فيه بالمنع[4] ، وإن أراد بالبين : ما في العينين من ضعف البصر . . فالجمهور كما في « أصل الروضة » علىٰ أن ذلك لا يمنع[5] .

٥٥٤٥ـ قول « الحاوي » [ص ٦٢٩] : (**لا بيّن الجرب**) يقتضي أنه لا يضر يسيره ، وتبع في ذلك « المحرر »[6] ، لكن استدرك عليه « المنهاج » فقال [ص ٥٣٧] : (**الصحيح المنصوص : يضر يسير الجرب**) ، **وصححه** في « أصل الروضة »[7] ، وعبارة الرافعي : قضية ما أورده المعظم صريحاً ودلالة ونقلوه عن نصه في الجديد : أنه يمنع يسيراً كان أو كثيراً[8] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وما ذكره عن المنصوص يقتضي أن اليسير من الجرب غير بيّن ، وليس كذلك ؛ فنص « الأم » يخالفه فقال : (والجرب قليله وكثيره مرض بيّن مفسد للحم وناقص للثمن)[9] .

٥٥٤٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٧] و« الحاوي » [ص ٦٢٩] : (**ألاَّ يضر فقد قرون**) قد يستثنىٰ منه : ما إذا انكسرت وأثر انكسارها في اللحم . . فهو كالجرب ، كما حكاه في « أصل الروضة » عن القفال[10] ، وقد يقال : لا حاجة لاستثناء ذلك ؛ لقوله أولاً : (**وشرطها سلامة من عيب ينقص لحماً**)[11] .

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ٨٣) ، و« التهذيب » (٨/ ٤١) .
(٢) انظر « التهذيب » (٨/ ٤١) .
(٣) المنهاج (ص ٥٣٧) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ٨١) .
(٥) الروضة (٣/ ١٩٥) .
(٦) المحرر (ص ٤٦٦) .
(٧) الروضة (٣/ ١٩٤) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٦٥) .
(٩) الأم (٢/ ٢٢٣) .
(١٠) الروضة (٣/ ١٩٦) .
(١١) المنهاج (ص ٥٣٧) .

٥٥٤٧ـ قول « التنبيه » [ص ٨١] : (**ويدخل وقتها إذا انبسطت الشمس يوم النحر ومضىٰ وقت صلاة العيد والخطبتين**) فيه أمران :

أحدهما : المراد بانبساطها : ارتفاعها كرمح ، كما صرح به في « المحرر »[١] ، وهٰذا موافق لقول « التنبيه » [ص ٤٥] : (**إن صلاة العيد إنما يدخل وقتها بارتفاع الشمس**) لكن **الأصح** : دخول وقتها بالطلوع ، فيعتبر قدر العيد والخطبتين من الطلوع ؛ ولهٰذا استدرك « المنهاج » هنا فقال [ص ٥٣٧] : (**ارتفاع الشمس فضيلة ، والشرط طلوعها ، ثم مُضِيُّ قدر الركعتين والخطبتين**) ، ونازعه شيخنا في « تصحيح المنهاج » في قوله : (**إن ارتفاع الشمس فضيلة**) وقال : تعجيل النحر مطلوب ، فلا يعتبر في فضيلة الارتفاع ، بل السنة عند الشافعي التعجيل في صلاة النحر .

ثانيهما : يعتبر في صلاة العيد كونها خفيفة ، وفي الخطبتين كونهما خفيفتين ؛ ولهٰذا قال « الحاوي » [ص ٦٢٩] : (**بين مضي قدر ركعتين وخطبتين خفيفات من طلوع شمس النحر وآخر أيام التشريق**) ، وهو أحسن من قول « المنهاج » [ص ٥٣٧] : (**ثم مضي قدر ركعتين وخطبتين خفيفتين**) فإن ظاهره عدم اعتبار الخفة في الركعتين ، وليس كذلك ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **المذهب المعتمد عندنا** : اعتبار ركعتين على المعتاد بالتكبير والفاتحة والسورة ، وإنما أوردنا عليه أن يقول : خفيفات علىٰ ما ذكره هو في « الروضة » ، وادعىٰ أنه المذهب . انتهىٰ[٢] .

وقال الإمام : ما أرىٰ من يعتبر خفة الصلاة يكتفي بأقل المجزى[٣] ، وظاهر ما في « الشامل » خلافه ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهٰذا المحكي عن « الشامل » ليس بمعتمد .

٥٥٤٨ـ قول « التنبيه » [ص ٨١] : (**وأفضلها البيضاء ثم الصفراء ثم السوداء**) ذكر في « المهذب » موضع **الصفراء** : العفراء[٤] ، وهي بمعناها ، وقد ذكر في « أصل الروضة » الصفراء[٥] ، وفسرها بأنها التي لا يصفو بياضها ، وذكر في « شرح المهذب » البلقاء بين العفراء والسوداء[٦] ، وليس ذكر السوداء لتقدمها علىٰ شيء بعدها ، وإنما هو زيادة إيضاح .

٥٥٤٩ـ قوله : (**وإن نذر أضحية معينة**)[٧] صوّره « المنهاج » بقوله [ص ٥٣٨] : (**فقال : « لله عليّ أن أضحي بهٰذه »**) وفي معناه : لو قال : جعلتها أضحية . فحكمه كذلك ، وقد جمع بينهما

---

(١) المحرر (ص ٤٦٦) .

(٢) الروضة (٣/١٩٩) .

(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٨/١٧٧) .

(٤) المهذب (١/٢٣٨) ، وفيه : (الغبراء) .

(٥) فتح العزيز (١٢/٧٣) ، الروضة (٣/١٩٧) ، وفيهما : (العفراء) .

(٦) المجموع (٨/٢٩٠) .

(٧) انظر « التنبيه » (ص ٨١) .

« الحاوي » فقال [ص ٦٢٩ ، ٦٣٠] : (**وتعيّن بجعله أضحية ، ونذر المعين**) .

٥٥٥٠ـ قول « التنبيه » [ص ٨١] : (**زال ملكه عنها ولم يجز بيعها**) اعتُرض بأن امتناع بيعها مفهوم من زوال ملكه عنها ، فلا فائدة فيه ، وقال في « الكفاية » : له فوائد :

منها : إفادة التنصيص علىٰ مخالفة أبي حنيفة ؛ إذ جوز البيع ومنع زوال الملك .

ومنها : أن الملك قد يزول ويسلط من زال ملكه عنه علىٰ بيعه ؛ كمن نذر أن يهدي إلى الحرم شيئاً معيناً ، فنفىٰ توهم إلحاق هـٰذه بتلك .

ومنها : أنه جزم بجواز الركوب ، وشرب فاضل اللبن عن الولد ، والانتفاع بالصوف المضر بقاؤه مع أن زوال الملك يأباه ، فنفىٰ توهم أن يكون البيع أيضاً كذلك .

قال في « التوشيح » : ولك أن تقول على الأول : إنما يحسن لو كان أبو حنيفة يجوز البيع مع الموافقة علىٰ زوال الملك ، أما إذا منع زوال الملك . . فجواز البيع عنده مستفاد من بقاء الملك ، وأما الأخريان . . فقريبتان ، والحاصل : أنه لا يلزم من زوال الملك امتناع البيع ؛ لجواز كونه بولاية أو نيابة ؛ كما أن الواقف يزول ملكه **على المذهب** ، ثم له النظر والتصرف علىٰ خلاف فيه ، فقد يقال : يزول الملك وله بيعها وشراء أجود منها ، فنفىٰ توهم ذلك . انتهىٰ .

٥٥٥١ـ قول « الحاوي » [ص ٦٣٠] : (**ولمعيبة صرف مصرفها**) قد يفهم أنه يختص ذبحها بوقت الأضحية ، وبه صرح الرافعي والنووي ، قالا : فلو ذبحها قبله . . تصدق بلحمها ، ولم يأكل منه شيئاً ، وعليه قيمتها يتصدق به[١] .

واستشكله في « المهمات » لأنها ليست أضحية حقيقة ، بل حكمها كحكمها ، وهو لو صرح في نذر التصدق بيوم . . جاز التقدم عليه بغير الملفوظ به ، وهو في المقدر أولىٰ .

وقد يقال : سكوت « الحاوي » عن الوقت يدل علىٰ أنه ليس في ذلك كالمصرف .

٥٥٥٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٨] : (**فإن تلفت قبله . . فلا شيء عليه**) يفهم أنها لو تلفت في الوقت . . ضمنها ، ومحله : ما إذا كان بعد التمكن من ذبحها ، فإن تلفت في الوقت قبل التمكن من ذبحها . . فلا شيء عليه أيضاً ، وإطلاق « التنبيه » و« الحاوي » أنه لا يضمنها إذا تلفت[٢] ، محمول علىٰ ما ذكرناه ، هـٰذا هو المنقول ، وقول النووي من زيادته فيما إذا ضلت بعد مضي بعض أيام التشريق : **الأرجح** : أنه ليس بتقصير كمن مات في أثناء وقت الصلاة الموسع لا يأثم **علىٰ الأصح**[٣] ، مخالف لما تقدم ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه ليس بمعتمد .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٢/٩٩) ، و« الروضة » (٣/٢١٦) .

(٢) التنبيه (ص ٨١) ، الحاوي (ص ٦٣٠) .

(٣) الروضة (٣/٢١٩) .

٥٥٥٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٨] : (**فإن أتلفها . . لزمه أن يشتري بقيمتها مثلها ويذبحها فيه**) قد يفهم منه أنه لو لم يجد مثلها إلا بأكثر من قيمتها . . لم يلزمه شراؤه ، وليس كذلك ، بل يلزمه أكثر الأمرين من قيمتها وأضحية مثلها ؛ ولهـٰذا عبر « الحاوي » بقوله [ص ٦٣١] : (**أكثر القيمة والمثل**) و« التنبيه » بقوله [ص ٨١] : (**ضمنها بأكثر الأمرين من قيمتها أو أضحية مثلها**) وقال في « الكفاية » تبعاً لـ« التحرير » : كذا في « التنبيه » وسائر كتب الفقه ، والأجود حذف ألف (أَوْ) لأنه علىٰ تقدير إثباتها يكون معناه : (أكثر الأمرين من قيمتها أو أكثرهما من أضحية) ومعلوم أن هـٰذا غير منتظم[١] .

واعترضه الشيخ برهان الدين بن الشيخ تاج الدين : بأن صيغة الأجود تقتضي جواز غيره ، وقوله : (غير منتظم) يقتضي منعه ، وبأن إثبات الألف جائز بمعنىٰ آخر ، وهو أن يكون قوله : (**من قيمتها** . . . إلىٰ آخره) بياناً للأكثر ، لا للأمرين ؛ فكأنه قال : وهو ـ أي : وأكثر الأمرين ـ هو قيمتها أو أضحية مثلها ، ويعلم من بيان الأمرين بطريق اللزوم ، وقد قال تعالىٰ : ﴿ وَإِذَا جَآءَهُمۡ أَمۡرٞ مِّنَ ٱلۡأَمۡنِ أَوِ ٱلۡخَوۡفِ أَذَاعُواْ بِهِۦۖ ﴾ ، وقال : ﴿ وَمَن يَعۡمَلۡ مِنَ ٱلصَّـٰلِحَٰتِ مِن ذَكَرٍ أَوۡ أُنثَىٰ ﴾ ، وقال : ﴿ أَنِّي لَآ أُضِيعُ عَمَلَ عَٰمِلٖ مِّنكُم مِّن ذَكَرٍ أَوۡ أُنثَىٰۖ ﴾ ، وفي حديث ذي اليدين : (**صلىٰ إحدىٰ صلاتي العشاء الظهر أو العصر**)[٢] .

قال في « التوشيح » ما ذكره محتمل حسن ، والنووي لم يمنعه ؛ ولذلك عبر بالأجود ، وإنما ادعى اقتضاء العبارة لما ذكره ولا ريب أنها ظاهرة فيه ، وقوله : (غير منتظم) لا ينافي كون الأجود حذف الألف ؛ لأن معنىٰ كلامه إثبات الألف يفهم كذا ، وإفهام كذا غير منتظم ؛ فالأجود حذف الألف دفعاً لهـٰذا ، وقد يبقىٰ ويُؤَول الكلام بالطريق التي أفادها الشيخ برهان الدين .

نعم ؛ قول النووي : إن الألف موجودة في سائر الكتب لعله أراد الغالب ، وإلا . . فهي محذوفة في الرافعي .

٥٥٥٤ـ قول « التنبيه » [ص ٨١] : (**إن زادت القيمة علىٰ مثلها تصدق بالفاضل ، وقيل : يشتري به اللحم ويتصدق به ، وقيل : يشارك في ذبيحة أخرىٰ**) **الأصح** : الثالث ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٣١] : (**أو زاد ولا كريمة . . فشقصٌ**) ومحله : فيما إذا أمكن ، أما إذا لم يمكن . . فقال في « الشامل » : ينبغي أن يكون فيه الوجهان الأولان ، ومحل الخلاف : فيما إذا لم يمكن أن يشتري بالفاضل أضحية كاملة ، فإن أمكن ولو من غير الجنس . . لزمه قطعاً ، ثم ظاهر المشاركة في ذبيحة أخرى الإجزاء ، ولو كان بجزء لا يجزىء في الأضحية كالمشاركة في شاة ، وهو الذي حكىٰ

---

(١) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ١٦٢) .

(٢) أخرجه بهـٰذا اللفظ البيهقي في « سننه الكبرىٰ » (٣٦٧٥) ، وأصله في البخاري (١١٦٩) .

في « الكفاية » عن الإمام وغيره التصريح به ، وهو مقتضىٰ إطلاق الرافعي هنا[1] ، لكنه خالفه في (الوقف) فقال في أثناء مسألة : بخلاف ما إذا أتلف الأضحية ولم يوجد بقيمتها إلا شقص شاة ؛ لأنه لا يضحي بشقص الشاة[2] .

٥٥٥٥ـ قول « الحاوي » [ص ٦٣٠] : (**وإن عيّب . . صرفه وضحىٰ سليمة**) حمله القونوي وغيره على المعين ابتداء ، وعما في الذمة ، وليس كذلك في الثانية ، بل لا يلزمه ذبحه ، وينفك عن الاستحقاق **على الأصح** ، ونسب للنص ، **والحق أن** كلام « الحاوي » إنما هو في المعيّن ابتداء ، وقد ذكر المعين عما في الذمة بقوله بعده : (**وإن عيّن لنذر . . أبدل بها**)[3] ومراده : ما إذا حصل له العيب بعد ذلك ، وإن كان ظاهر عبارته الإبدال من غير عيب ، لكنه متىٰ حمل علىٰ ذلك . . خالف **الأصح** الذي عليه الأكثرون : أنه يتعين بالتعيين ، ولا يجوز إبداله ، ووقع في موضع من الرافعي و« الروضة » ما يقتضي الانفكاك في المعينة ابتداءً أيضاً[4] .

قال في « المهمات » : والظاهر أنه سهو .

٥٥٥٦ـ قول « التنبيه » [ص ٨١] : (**وله أن يركبها**) قيده في « أصل الروضة » بأن يكون بغير إجحاف[5] ، ومعناه كما في « الكفاية » : ألاَّ يلحقها بذلك مشقة ، قال في « التوشيح » : ولا يختص بالهدي والأضاحي ؛ فلا يجوز تحميل الدواب ما يضر بها ، وهو في « التنبيه » في بابه . انتهىٰ .

وصحح في « شرح المهذب » : أنه لا يجوز إلا لحاجة ، وقال : إنه ظاهر النص[6] ، وحكى الماوردي عن الشافعي أنه قال : ويركب الهدي إن اضطر إليه ركوباً غير قادح ، ويحمل المضطر عليها[7] .

قال في « المهمات » : فعلىٰ هـٰذا لا يجوز ذلك لقادر على المشي ركب مترفهاً ، ولا لقادر علىٰ غيرها بملك أو إجارة ، قال : وفي الإعارة نظر ، قال الماوردي : وكذلك لو ركبها من غير ضرورة . . جاز ما لم يهزلها[8] ، وحمله في « التوشيح » على الحاجة ، وقال : الذي يظهر حرمة

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٢/٩٣) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٦/٢٩٤ ، ٢٩٥) .

(٣) الحاوي (ص ٦٣٠) .

(٤) فتح العزيز (١٢/١٠٢) ، الروضة (٣/٢١٨) .

(٥) الروضة (٣/٢٢٦) .

(٦) المجموع (٨/٢٥٩ ، ٢٦٠) .

(٧) انظر « الحاوي الكبير » (٤/٣٧٦) .

(٨) انظر « الحاوي الكبير » (٤/٣٧٧) .

الركوب لا لحاجة أصلاً ؛ لأنه عبث وإتعاب حيوان بلا فائدة ، قال : ولا اختصاص لهٰذا بالهدي والأضاحي .

٥٥٥٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٨] : (**وولد الواجبة يذبح**) أحسن من قول « التنبيه » [ص ٨١] : (**فإن ولدت . . ذبح معها ولدها**) لأمرين :

أحدهما : أنه يتناول الهدي ، ويتناول المعينة بالنذر ابتداءً ، وما إذا عينها عما في ذمته وهو **الأصح** في الثانية ، وفيها وجهان آخران :

أحدهما : أنه لا يجب ذبح ولد المعينة عما في الذمة .

والثاني : يبيعها ما دامت حية ، بخلاف عبارة « التنبيه » فإنه لا يتناول الهدي ولا المعينة عما في الذمة .

الأمر الثاني : أن عبارة « التنبيه » تقتضي أنه لا يجب ذبح ولدها إلا معها ، وكذا عبارة « المحرر »[1] ، فأسقط « المنهاج » لفظة : (معها) ليشمل ما لو ماتت الأم . . فإنه يذبح جزماً في المعينة ابتداءً ، **وعلى الصحيح** في المعينة عما في الذمة .

٥٥٥٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٨] و« الحاوي » [ص ٦٣١] : (**وله أكل كله**) صريح في أن الكلام في ولد الواجبة ، وهو مشكل ؛ لأن وجوب ذبحه مع جواز أكله مدركه أنه كالجزء من الأم . . فجاز أكله كعضو منها ، فيلزم من جواز الأكل من الواجب وهو خلاف ما تقرر ، وفي « أصل الروضة » : في الأكل منه ومن أمه أوجه ، **صحح الروياني** : أن لكل منهما حكم ضحية ، فيتصدق من كل منهما بشيء ، **والثاني** : يكفي التصدق من أحدهما ، **والثالث** : لا بد من التصدق من الأم ؛ لأنها الأصل ، **وصححه** الغزالي ، قال : ويشترك الثاني والثالث في جواز أكل جميع الولد[2] .

فرض في « شرح المهذب » هٰذه الأوجه في أضحية التطوع ، وقال : إن **المختار ما صححه** الروياني ، ثم قال : **والأصح** على الجملة : أنه يجوز أكل جميعه[3] .

وجعل ابن الرفعة محل الأوجه إذا قلنا : يجوز الأكل من الواجبة ، وأنه لا يأكل الكل ، فأفهم أنا إذا قلنا : لا يأكل الواجبة . . لا يأكل من الولد ، وحكىٰ شيخنا في « تصحيح المنهاج » عن بعضهم أنه اعتقد أن الأوجه في الواجبة والتطوع ، قال شيخنا : والخلاف إنما هو في الواجبة كما في كلام الماوردي والإمام ومن تبعه ، قال : ولا خلاف أن أضحية التطوع لا يلزمه ذبح ولدها ، وأنه لو

---

(١) المحرر (ص ٤٦٧) .

(٢) الروضة (٣/ ٢٢٥ ، ٢٢٦) .

(٣) كذا في جميع النسخ ، وفي المجموع (٨/ ٢٦٠ ، ٢٦١) طبعة دار الفكر ، (٨/ ٣٣٢) طبعة مكتبة الإرشاد : (والأصح على الجملة : أنه لا يجوز أكل جميعه) .

ذبحه . . لا يقع أضحية ، قال : وهل يختص أكل ولد الواجبة جميعه بالذي أوجب دون وارثه ، فيتعين عليه التصدق به ، أو يجوز للوارث ما كان لمورثه ؟ **الأرجح** : الثاني ، ولم أر من تعرض لذلك .

٥٥٥٩ـ قولهما : (**وله أن يشرب من لبنها ما فضل عن ولدها**)[١] قال الماوردي : مع الكراهة ، قال الشافعي : ولو تصدق به . . كان أحب إليّ[٢] .

ويستثنىٰ من الفاضل : ما ينهك لحمها ، وعبارة الشافعي في « المختصر » : (ولا يشرب من لبنها إلا الفضل عن ولدها وما ينهك لحمها)[٣] ، ومقتضاه : أنه لو مات الولد أو فطم . . كان له شرب ما لا ينهك لحمها .

٥٥٦٠ـ قول « التنبيه » [ص ٨١] : (**فإن كان صوفها يضر بها إلىٰ وقت الذبح . . جاز له أن يجزه وينتفع به**) يفهم أنه لو كان بعد وقت الذبح ولا حاجة بها لإبقائه . . أنه لا يُجَزُّ ، ومفهوم كلام الرافعي خلافه[٤] .

٥٥٦١ـ قول « المنهاج » في المنذور [ص ٥٣٨] : (**لزمه ذبحه فيه**) قد يفهم أنه لو فات الوقت . . لا يذبحه ، وليس كذلك ، بل يذبحه بعده قضاءً ، وقد صرح به « التنبيه » فقال [ص ٨١] : (**فإن لم يذبحها حتىٰ فات الوقت . . لزمه أن يذبحها**) وقال قبل ذلك فيمن لم يضح حتىٰ فات الوقت : (**وإن كان منذوراً . . لزمه أن يضحي**)[٥] فحمل بعضهم كلامه أولاً على الملتزمة في الذمة ، والثاني على المعينة ابتداءً ؛ دفعاً للتكرار ، ولو قال : (واجباً) بدل (منذوراً) . . لكان أولىٰ ؛ ليدخل الواجب بالتعيين ؛ كقوله : جعلتها أضحية .

٥٥٦٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٨] : (**فإن تلفت قبله . . بقي الأصل عليه في الأصح**) كان ينبغي أن يقول : (على المذهب) ففي « أصل الروضة » طريقان : قطع الجمهور بوجوب الإبدال لمن اشترىٰ بدينه سلعة من المديون فتلفت قبل القبض ، وقيل : وجهان ، نقلهما الإمام[٦] .

والضمير في قوله : (**قبله**) عائد إلى الذبح لا إلى الوقت ؛ فإنها لو تلفت في الوقت قبل الذبح . . بقي الأصل عليه أيضاً ، ومحل الخلاف : ما إذا لم يكن تلفها بعد أيام التشريق مع إمكانه الذبح في وقته ، فإن كان كذلك . . بقي الأصل بلا خلاف .

---

(١) انظر « الحاوي » (ص ٦٣١) ، و« المنهاج » (ص ٥٣٨) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (٤/٣٧٦) .
(٣) مختصر المزني (ص ٢٨٤) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٢/١١٣) .
(٥) التنبيه (ص ٨١) .
(٦) الروضة (٣/٢١٢) .

٥٥٦٣ـ قوله : (**وتشترط النية عند الذبح إن لم يسبق تعيين**)[١] كذا في « المحرر »[٢] ، والذي في « الروضة » : النية شرط في التضحية ، وهل يجوز تقديمها على الذبح ، أم يجب قرنها به ؟ وجهان ، **أصحهما** : الجواز[٣] .

وقال الرافعي : قضية ما ذكره عن الإمام أنهما كالوجهين في تقدم النية علىٰ تفرقة الزكاة .

وقيدهما في « شرح المهذب » في الزكاة بما إذا نوىٰ بعد إفراز المال وقبل الدفع[٤] ، قال في « المهمات » : فتكون الأضحية كذلك ، ثم قال في « الروضة » : ولو قال : جعلت هـٰذه الشاة ضحية . . فهل يكفيه التعيين والقصد عن نية الذبح ؟ وجهان ، **أصحهما** عند الأكثرين : لا ، ولو التزم ضحية في ذمته ثم عين شاة عما في ذمته ؛ فإن قلنا : تتعين . . فالوجهان ، وإلا . . فلا بد من النية عند الذبح ، كذا عبر في « الروضة »[٥] ، وعبارة الرافعي : فلا بد من نية الذبح[٦] ، وبينهما تفاوت ، وسيأتي ما يخالف عدم الاكتفاء بالتعيين عن نية الذبح في الاكتفاء بذبح أجنبي المعينة .

وقول الرافعي في تعليله : إن ذبحها لا يفتقر إلىٰ نية ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : قوله (**إن لم يسبق تعيين**) فيه إلباس ؛ لاحتمال أن يريد به : إن لم يسبق تعيين الأضحية ، بقوله : هـٰذه أضحي بها ، وأن يريد به : إن لم يسبق تعيين بنذر ، وأن يريد به : إن لم يسبق تعيين عن نذر في الذمة ، وأيضاً فيحتمل : إن سبق تعيين . . لم يشترط النية ، أو تشترط ولكن لا عند الذبح ، فأما الصورة الأولىٰ : فيجوز فيها تقديم النية على الذبح بعد التعيين ، ولم يذكره في « الروضة » وأصلها ، وهو مقتضىٰ ما سبق عن « شرح المهذب » في الاكتفاء بنية الزكاة بعد إفراز المال ، ولا يكفي التعيين المذكور عن النية بلا خلاف ، وأما صورتا النذر : فلا يغني التعيين فيهما عن النية عند الذبح **على الأصح** في « أصل الروضة » ، ونحن نخالف في ذلك .

قلت : كيف يكتفي بتقديم النية على الذبح في المعين بلا نذر دون المعين بنذر ، وقد عرفت أن الذي في « الروضة » : **تصحيح** جواز التقديم ، ولم يقيده بشيء ، وظهر أن قول « المنهاج » : (**إن لم يسبق تعيين**) أي : فلا نشترط النية عند الذبح فيما إذا سبق تعيين سواء أكان بنذر أم بغيره ، وينبغي إطلاق « الروضة » **تصحيح** الجواز **علىٰ** ما إذا سبق تعيين ، والله أعلم .

وعبارة « الحاوي » في ذلك [ص ٦٢٩] : (**بنيّة وإن تقدمت**) ، وهي موافقة لما في « الروضة » .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٣٨) .
(٢) المحرر (ص ٤٦٦) .
(٣) الروضة (٣/ ٢٠٠) .
(٤) المجموع (٦/ ١٦٨) .
(٥) الروضة (٣/ ٢٠٠) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٧٨) .

٥٥٦٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٨] : (**وكذا إن قال : « جعلتها أضحية » في الأصح**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لا نعرف هل هو تشبيه لقوله : (**إن لم يسبق تعيين**) . . فيكون : (**كذا إن قال : « جعلتها أضحية » في الأصح**) فإنه يكون كسبق التعيين فلا يحتاج إلى النية ، أو فيجوز تقديم النية ، أو تشبيه لقوله : (**وتشترط النية عند الذبح**) أي : وكذا إن قال : « جعلتها أضحية » . . فتشترط النية عند الذبح ، وهـٰذا الكلام غير مستقيم ، وكلامه يوهم اختصاص الخلاف بما بعد (**كذا**) ، وليس كذلك ؛ ففي التي قبلها أيضاً خلاف . انتهىٰ .

وفهم في « المهمات » الثاني ، فقال : **وصحح** في « المنهاج » أنه لا يكفي ، وكذا حكاه في « أصل الروضة » عن **تصحيح** الأكثرين[١] ، واضطرب كلامه في ذلك في « شرح المهذب »[٢] .

٥٥٦٥ـ قوله : (**وإن وكل بالذبح . . نوىٰ عند إعطاء الوكيل أو ذبحه**)[٣] يوهم عدم جواز النية من الوكيل ، وليس كذلك ، بل له تفويض النية له كما يفوض الذبح إليه ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٦٢٩] : (**لا إن وكل مسلماً بهما**) أي : بالذبح والنية ، والتقييد بالمسلم لأجل النية ، ولا بد من تقييده أيضاً بأن يكون عاقلاً صاحياً ، فكل من المجنون والسكران لا تصح نيته .

٥٥٦٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٨] : (**وله الأكل من أضحية تطوع**) فيه أمران :

أحدهما : أنه يقتضي تحريم أكله من الواجب ، وبه صرح « التنبيه » و« الحاوي »[٤] ، **وصححه** في « شرح المهذب »[٥] ، وحكى الماوردي عن أكثر الأصحاب الجواز[٦] ، **وصححه** شيخنا في [« شرح المنهاج »][٧] ، وهو مقتضىٰ قول « المنهاج » في ولد الواجبة [ص ٥٣٨] : (**وله أكل كله**) وقال الرافعي : يشبه أن يتوسط فيرجح في المعين الجواز ، وفي المرسل المنع سواء عين عنه ثم ذبح ، أو ذبح بلا تعيين ؛ لأنه عن دين في الذمة ، فأشبه الجبرانات ، وإلىٰ هـٰذا ذهب صاحب « الحاوي » ، وهو مقتضىٰ سياق الشيخ أبي علي[٨] .

ومشىٰ علىٰ تصحيح هـٰذا التفصيل شيخنا الإسنوي في « تصحيحه »[٩] ، وقال في « التنقيح » : إن الرافعي قرره في « الشرح » ، وكذا النووي في « شرح المهذب » و« الروضة » ، وقد عرفت أنه

---

(١) الروضة (٣/ ٢٠٠) .
(٢) المجموع (٨/ ٢٩٩) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٣٨) .
(٤) التنبيه (ص ٨١) ، الحاوي (ص ٦٣١) .
(٥) المجموع (٨/ ٣٠٧) .
(٦) انظر « الحاوي الكبير » (٤/ ١٨٧) .
(٧) في (ج) : (تصحيح المنهاج) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ١٠٧) .
(٩) تذكرة النبيه (٣/ ٧٢) .

في « الشرح » و« الروضة » بحث ، وأن **المصحح** في « شرح المهذب » : المنع مطلقاً .

وقال في « المهمات » : خالف الرافعي ذلك في المعينة فقال فيما إذا [تعينت][1] يوم النحر قبل التمكن : فيذبحها ويتصدق بلحمها ، ونقل بعد ذلك عن « التهذيب » ما يوافقه ، وذكر في الكلام علىٰ ولد الأضحية ما حاصله : أنه يجوز الأكل في المعينة عما في الذمة . انتهىٰ[2] .

ثم هـٰذا كله في غير نذر المجازاة ، فلا يجوز في نذر المجازاة الأكل مطلقاً **على المذهب** ، وفي غير نذر اللجاج ؛ كقوله علىٰ وجه الغضب : (إن كلمت زيداً . فلله عليّ أن أضحي بهـٰذه الشاة) فإذا كلمه واختار وفاء ما التزمه . . لم يجز الأكل منها قطعاً ؛ لأنه ككفارة اليمين ، ذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : لم يتعرضوا له هنا ، وذكر في « المطلب » التفريع علىٰ ما إذا قلنا : يلزمه الوفاء بما عينه ، ونحن ذكرنا التفريع على التخيير ، وهو **الأصح** .

ثانيهما : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محل الأكل من أضحية تطوع : ما لم يرتد ، فإن ارتد . . لم يكن له الأكل من أضحيته التي تطوع بها قبل الردة ، وقال الشافعي رضي الله عنه في « البويطي » : ولا يطعم منها أحد علىٰ غير دين أهل الإسلام .

٥٥٦٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٨] و« الحاوي » [ص ٦٣١] : (**وإطعام الأغنياء ، لا تمليكهم**) قد عرفت مما تقدم أنه لابد من تقييد الأغنياء بأن يكونوا مسلمين ، ونازع شيخنا الإمام البلقيني في أنه ليس له تمليكهم وقال : إنما ذكره الإمام من تفقهه ، وظاهر نصوص الشافعي رضي الله عنه والأصحاب وعمل الناس في الأعصار والأمصار علىٰ خلافه ، والقياس علىٰ صدقة التطوع وعلىٰ من يأخذ الزكاة مع الغنىٰ كالغارم يدل علىٰ خلافه ، وقد نازع ابن الصلاح الإمام فيما ذكره ، وقال : إن فيه نظراً ، وما أطلقه غيره من جواز الإهداء إلى الأغنياء ظاهره الهدية المفيدة للملك لا الإطعام علىٰ وجه الضيافة ، وفي « المطلب » : الظاهر مع ابن الصلاح ، قال شيخنا : ويستثنىٰ من كلام الإمام ، ضحية الإمام من بيت المال ؛ فيملك الأغنياء ما يعطيهم منها ، وقال : ما أظن الإمام يخالف في هـٰذه الصورة .

٥٥٦٨ـ قول « التنبيه » [ص ٨١] : (**والمستحب أن يأكل الثلث ويهدي الثلث ويتصدق بالثلث في أحد القولين ، وفيه قول آخر : أنه يأكل النصف ويتصدق بالنصف**) **الأصح** في « تصحيح التنبيه » : الأول[3] ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٥٣٨] : (**ويأكل ثلثاً ، وفي قول : نصفاً**) ولم يبين تمام القسمة ، وقد أفصح عنه « التنبيه » ، وقيل : يتصدق بالثلثين ، وعليه مشى « الحاوي »

---

(١) كذا في جميع النسخ ، وفي « فتح العزيز » : (تعيبت) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٩٩) .

(٣) تصحيح التنبيه (١/ ٢٦٥) .

فقال [ص ٦٣١] : (**والتصدق بالباقي**) أي : الأولى التصدق بالباقي بعد اللقمة ثم قال : (**والكمال بالثلثين**)[(١)] أي : وكمال الشعار يحصل بالتصدق بالثلثين ، وإن كان الأفضل الأول .

وهٰذا التفاوت الذي بين عبارتي « التنبيه » و« الحاوي » هو اختلاف بين الأصحاب في التعبير عن القول الجديد ، وقال الرافعي في « التذنيب » : **إن المشهور** التصدق بالثلثين[(٢)] .

وقال في « أصل الروضة » : يشبه ألاَّ يكون اختلافاً في الحقيقة ، لكن من اقتصر على التصدق بالثلثين ذكر الأفضل ، أو توسع فعد الهدية صدقة ، قال : والمفهوم من كلام الأصحاب أن الهدية لا تغني عن التصدق بشيء إذا أوجبناه ، وأنها لا تحسب من القدر الذي يستحب التصدق به[(٣)] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ويستثنىٰ من أكل الثلث أو النصف : تضحية الإمام من بيت المال .

٥٥٦٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٨] : (**والأصح : وجوب تصدق ببعضها**) كان ينبغي التعبير **بالأظهر** ؛ فإن في « البحر » حكاية مقابله عن رواية ابن القاص عن النص ، وفي « المطلب » : كأن مستند ابن القاص في حكايته عن النص كونه نص في القديم علىٰ ما حكاه البندنيجي علىٰ أنه لو أكل الكل . . لا يضمن ، وقد يدخل في تعبيره بـ (بعضها) وتعبير « التنبيه » بـ (أدنىٰ جزء)[(٤)] العظم والجلد ، ولا شك في عدم إجزائهما .

وتردد شيخنا في « تصحيح المنهاج » في الشحم وجلد السميط الذي يمكن أكله ، ورتب الألية على الشحم ، وقال : إنها أولىٰ بالجواز ، فتعبير « الحاوي » بقوله [ص ٦٣١] : (**ويجب تمليك الفقير اللحم نياً أقل شيء**) حسن ؛ لتصريحه باللحم ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ولم يتعرضوا للقديد ، والظاهر أنه لا يجزىء .

٥٥٧٠ـ قول « الحاوي » [ص ٦٣١] : (**والتصدق بالباقي**) أي : بعد اللقمة أحسن من قول « المنهاج » [ص ٥٣٨] : (**والأفضل : بكلها إلا لقماً يتبرك بأكلها**) وقد خير في « أصل الروضة » بينهما ، فقال : إلا لقمة أو لقماً[(٥)] .

٥٥٧١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٨] : (**ولا تضحية لرقيق**) أي : كامل الرق ، فيجوز تضحية المبعض كما تقدم أول الباب .

---

(١) الحاوي (ص ٦٣١) .
(٢) التذنيب (ص ٦٣٠) .
(٣) الروضة (٣/ ٢٢٣ ، ٢٢٤) .
(٤) التنبيه (ص ٨١) .
(٥) الروضة (٣/ ٢٢٣) .

٥٥٧٢ـ قوله : (**فإن أذن سيده . . وقعت له**)[١] يوهم وقوعها للعبد ؛ لقرب ضميره في قوله : (**سيده**) وإنما تقع للسيد .

٥٥٧٣ـ قوله : (**ولا يضحي مكاتب بلا إذن**)[٢] أي : فبالإذن القولان في تبرعه به .

٥٥٧٤ـ قوله : (**ولا تضحية عن الغير بغير إذنه**)[٣] هـٰذا هو **المشهور** المجزوم به هنا ، لكن في « أصل الروضة » في (الوصية) بعد ذكر الصدقة عنه : وهـٰذا القياس يقتضي جواز التضحية عن الميت ؛ لأنها ضرب من الصدقة ، وأطلق أبو الحسن العبادي جواز التضحية عن الغير ، وروىٰ فيه حديثاً ، لكن في « التهذيب » : لا تجوز التضحية عن الغير بغير إذنه ، وكذا عن الميت ، إلا أن يكون أوصىٰ به . انتهىٰ[٤] .

ويستثنىٰ من التضحية عن الغير بغير إذنه صور :

أحدها : المعينة بالنذر إذا ذبحها أجنبي وقت التضحية . . وقعت الموقع **على المشهور** في « أصل الروضة »[٥] ، فيفرق صاحبها لحمها ؛ لأنه مستحق الصرف إلىٰ هـٰذه الجهة ، فلا يشترط فعله ، كردّ الوديعة ؛ ولأن ذبحها لا يفتقر إلىٰ نية ، فإذا فعله غيره . . أجزأ ، وقد ذكرها « الحاوي » فقال [ص ٦٣١] : (**وإن ذبح أجنبي وقتها . . فضحية ، وضمن أرش الذبح**) .

الثانية : تضحية الولي من ماله عن محاجيره ، ذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » أن مقتضىٰ قول « الأم » : (ولا يضحىٰ عما في البطن)[٦] جوازه ، وقال الماوردي : ولا يجوز لولي الطفل والمجنون أن يضحي عنهما من أموالهما[٧] ، فمفهومه : جوازه من ماله .

الثالثة : أضحية واحد من أهل البيت يحصل بها سنة الكفاية لهم كما تقدم ، وإن لم يصدر من بقيتهم إذن ، وفي زيادة « الروضة » عن « العدة » : لو أشرك غيره في ثواب أضحيته وذبح عن نفسه . . جاز[٨] .

الرابعة : الإمام يضحي عن المسلمين من بيت المال ، صرح به الماوردي[٩] .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٣٨) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٣٨) .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٣٨) .

(٤) الروضة (٦/ ٢٠٢) .

(٥) الروضة (٣/ ٢١٤) .

(٦) الأم (٢/ ٢٢٦) .

(٧) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ١٢٥) .

(٨) الروضة (٣/ ٢٠١) .

(٩) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ١٢٥) .

٥٥٧٥ـ قوله : (**ولا عن ميت إن لم يوص بها**)[١] لا يخفىٰ أنه من ذكر الخاص بعد العام ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ذكر ذلك البغوي ، ومستنده أن علياً رضي الله عنه كان يضحي عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وقال : (أمرني فلا أدعه أبداً) رواه أبو داوود والترمذي ، واستغربه[٢] ، ثم قال شيخنا : والذي يقتضيه مذهب الشافعي : أنه لا يضحىٰ عن الميت مطلقاً ؛ وهو **الأرجح** ، وحديث عليّ إن صح . . محمول علىٰ خصوصية النبي صلى الله عليه وسلم بذلك ، وكون الأصل عدم التخصيص إنما هو فيما ثبت فيه تشريع بطريق العموم . انتهىٰ .

وحيث ضحىٰ عن الميت . . لا يجوز الأكل من الأضحية ؛ لتعذر إذن الميت ، بل يجب التصدق بجميعها ، قاله القفال في « فتاويه » .

* * *

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٣٨) .

(٢) سنن أبي داوود (٢٧٩٠) ، سنن الترمذي (١٤٩٥) .

بابُ العَقِيقة

٥٥٧٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٨] : (**يُسن أن يعُق**) لم يبين الذي يسن له ذلك ، وكذا لم يبينه « الحاوي » ، وفي « التنبيه » أنه من ولد له[١] ، وهٰذا يتناول الأم ، والمجزوم به في « أصل الروضة » أنه من تلزمه نفقته[٢] ، ومقتضاه : أنها لا تعق إلا عند [إعسار][٣] الأب ، والمراد : من تلزمه نفقته حقيقة لإعسار الولد ، أو بتقدير إعساره فيما إذا كان موسراً . . فإنهم صرحوا بأنه لا يعق من مال المولود لو كان موسراً ، فدل علىٰ ما ذكرناه ، فهٰذا الولد الموسر لا يلزم أباه نفقته ، ومع ذلك فهو الذي يعق عنه .

قال الرافعي : وأما عق النبي صلى الله عليه وسلم عن الحسن والحسين . . فمتأول .

قال النووي : تأويله أنه عليه الصلاة والسلام أمر أباهما بذلك ، وأعطاه ما عق به ، أو أن أباهما كان عند ذلك معسراً ، فيكونان في نفقة جدهما رسول الله صلى الله عليه وسلم . انتهىٰ[٤] .

ولا بد أيضاً من تقدير [إعسار][٥] أمهما في تلك الحالة ، وقد ذكره في « شرح المهذب »[٦] ، وهو في بعض نسخ « الروضة » ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : اختصاص ذلك بمن تلزمه النفقة ، ذكره الماوردي وغيره[٧] ، ولم أجده في كلام الشافعي وأكثر أصحابه ، **والأقرب عندي** : أن ذلك يتعلق بالأصول ، لا علىٰ ترتيب النفقة ، ولكن أولاهم به الأب ، ثم أبوه ، ثم الأم ، ثم الجد للأم ، ولو ذبح الأبعد . . وقع الموقع ، ولا أأوّل الحديث .

ودخل في قولهم : من تلزمه نفقته : الأب الكافر ؛ فيعق عن ولده المسلم بإسلام أمه أو غير ذلك ، وذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : كما يتعلق به إخراج زكاة الفطر عنه **على الأصح** ، قال : ولم أر من تعرض لهٰذا .

٥٥٧٧ـ قول « الحاوي » [ص ٦٣٢] : (**من الولادة إلى البلوغ**) موافق لقول « أصل الروضة » : ويجزىء ذبحها قبل فراغ السبعة ، ولا يحسب قبل الولادة ، بل تكون شاة لحم ، ولا تفوت بتأخرها عن السبعة ، لكن الاختيار ألاَّ يؤخر إلى البلوغ ، ثم قال أبو عبد الله البوشنجي من أصحابنا : إن لم

---

(١) التنبيه (ص ٨٢) .
(٢) الروضة (٣/ ٢٣٠) .
(٣) في (ب) ، (ج) : (اعتبار) .
(٤) انظر « الروضة » (٣/ ٢٣٠) .
(٥) في (ب) ، (ج) : (اعتبار) .
(٦) المجموع (٨/ ٣٢٤) .
(٧) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ١٢٩) .

تُذبح في السابع . . ذُبحت في الرابع عشر ، وإلا . . ففي الحادي والعشرين ، وقيل : إذا تكررت السبعة ثلاث مرات . . فات وقت الاختيار ، فإن أخرت حتىٰ بلغ . . سقط حكمها في حق غير المولود ، وهو مخير في العقيقة عن نفسه ، واستحسن القفال الشاشي أن يفعلها ، ويروىٰ أن النبي صلى الله عليه وسلم عق عن نفسه بعد النبوة ، ونقلوا عن نصه في « البويطي » : أنه لا يفعل ذلك ، واستغربوه : قال النووي : رأيت نصه في نفس كتاب « البويطي » قال : (ولا يعق عن كبير) هـٰذا لفظه ، وليس مخالفاً لما سبق ؛ فإن معناه : لا يعق عنه غيره ، وليس فيه نفي عقه عن نفسه[1] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : الظاهر أنه مطلق ، ثم قال في « أصل الروضة » بعد ذلك : فلو كان المنفق عاجزاً عن العقيقة فأيسر في السبعة . . استحب له العق ، وإن أيسر بعدها وبعد مدة النفاس . . فهي ساقطة عنه ، وإن أيسر في مدة النفاس . . ففيه احتمالان للأصحاب ؛ لبقاء أثر الولادة[2] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : فعلى المذكور أولاً إذا أيسر المنفق في أي وقت كان قبل البلوغ . . استحب له أن يفعلها .

قلت : لا منافاة بين الكلامين ؛ لأن كلامه أولاً في أصل العقيقة ، وثانياً فيمن توجهت السنية إليه وقت الولادة ، فما دام المولود غير بالغ . . فمخاطبة من تلزمه نفقته بعقيقته علىٰ سبيل الاستحباب باقية ، والذي يتوجه إليه هـٰذا الاستحباب هو من تلزمه نفقته بشرط اليسار في السبعة ، أو في مدة النفاس علىٰ أحد الاحتمالين ، ولا يتوجه إليه الاستحباب بيساره بعد مدة النفاس ، بل ينتقل الاستحباب لمن بعده ؛ ولهـٰذا حين ذكر البلوغ . . عبر بسقوط حكمها ، وحين ذكر انقضاء مدة النفاس . . قال : فهي ساقطة عنه ، ولم يقل : سقط حكمها مطلقاً ، بل حكمها مستمر ، لكن علىٰ غير هـٰذا المعسر طول مدة النفاس ، والله أعلم .

٥٥٧٨ـ قولهما ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**عن غلام بشاتين ، وجارية بشاة**)[3] فيه أمور :

أحدها : أنه يفهم أنه لا تحصل السنة عن الغلام بشاة ، وليس كذلك ، بل يحصل به أصل السنة ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٦٣٢] : (**وشاتان ، وللأنثىٰ شاة أحبُّ**) وقد تفهم عبارته أنه يستحب للخنثىٰ شاتان ؛ لأنه قرر ذلك ثم استثنىٰ منه الأنثىٰ خاصة ، وقال بعضهم : الخنثىٰ كالأنثىٰ فيما يظهر ، وفيه احتمال .

ثانيها : قيده شيخنا في « تصحيح المنهاج » بأن يكون حراً نسيباً إلىٰ أصله ، قال : فلو كان رقيقاً

---

(١) الروضة (٣/ ٢٢٩) .
(٢) الروضة (٣/ ٢٣٠) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٨٢) ، و« المنهاج » (ص ٥٣٨) .

وضعته جارية الإنسان أو زوجته الرقيقة.. لم تتعلق سنة العقيقة بوالده ؛ لأنه لا يلزمه نفقته ، ولا بمالكه؛ لأنه لا ينسب إليه، ولو كان حراً إلا أنه لا ينسب لصاحب الفراش.. لم يسن له العق عنه.

نعم ؛ يسن للأم إذا لزمتها نفقته .

ثالثها : ظاهره أنه لا تتأدى السنة في العقيقة بغير الشاة ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ولم يقل به أحد من الشافعية ، وقال في « التوشيح » : قاله أبو نصر البندنيجي في كتاب « المعتمد » ، ونصه : ليس للشافعي نص في غير الغنم في العقيقة ، وعندي لا تجزىء غيرها ، وأبو نصر هـٰذا من أكابر تلامذة أبي إسحاق الشيرازي . انتهىٰ .

ومقتضىٰ قول « الحاوي » المتقدم : (**وشاتان ، وللأنثىٰ شاة أحبُّ**) مع قوله أولاً : (**والعقيقة كهي**)[١] ـ أي : كالأضحية ـ تأدي السنة بالإبل والبقر أيضاً ، لكن مقتضاه : ترجيح الشياة عليهما ، **والأصح** : تفضيل الإبل ثم البقر كالأضحية .

قال الرافعي : وينبغي أن تتأدى السنة بسبع بدنة أو بقرة[٢] .

٥٥٧٩ـ قول « التنبيه » [ص ٨٢] : (**ويفرق على الفقراء**) فيه أمران :

أحدهما : أن مقتضاه : تفرقة الجميع عليهم ، لكن في « المنهاج » [ص ٥٣٨] : (**وسنهما وسلامتهما والأكل والتصدق كالأضحية**) ومقتضاه : أكل الثلث ، وهو مقتضىٰ قول « الحاوي » [ص ٦٣٢] : (**العقيقة كهي**) ، ولم يذكر « المنهاج » الهدية ، ولا دخلت في عبارة « الحاوي » أيضاً ؛ لأن رأيه في الأضحية التصدق بالثلثين ، وذكرها في « الروضة » وأصلها[٣] ، ودخل في عبارة « الحاوي » سائر أحكام الأضحية .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لم نجد للشافعي رضي الله عنه نصاً يقتضي التثليث في العقيقة ، وجاءت أحاديث في إعطاء القابلة رجلها ، وذكر في « أصل الروضة » : أنه مستحب[٤] ، فخرجت العقيقة عن تثليث الأضحية إن كانت الرجل قبل التثليث ، وإن كانت من ثلث الهدية.. فليس ذلك كالأضحية ، قال : وفي إعطاء القابلة الرجل والنهي عن إعطاء الجزار من الأضحية شيئاً دلالة على المسامحة في العقيقة ، وإذا أهدي للغني من العقيقة شيء.. ملكه ، وفي الأضحية كلام الإمام وما تعقبناه به ، والفرق : أن الأضحية ضيافة عامة من الله تعالىٰ للمؤمنين ، فلا يملكها الأغنياء بالهدية ، بخلاف العقيقة .

---

(١) الحاوي (ص ٦٣٢) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ١١٨) .

(٣) فتح العزيز (١٢/ ١١٠) ، الروضة (٣/ ٢٢٤) .

(٤) الروضة (٣/ ٢٣٣) .

ثانيهما : أن مقتضاه : تفرقته نياً كالأضحية ، لكن في « المنهاج » [ص ٥٣٨] : (**ويسن طبخها**) ، وفي « الحاوي » [ص ٦٣٢] : (**والتصدق بالمطبوخ من الدعوة أحبُّ**) ، وهو **الصحيح** في « أصل الروضة »[١] ، والمحكي عن الجمهور في « شرح المهذب » أي : أنه لا يتصدق بلحمها نياً ، بل مطبوخاً[٢] .

ونازع شيخنا الإمام البلقيني في ذلك ، وقال : ليس فيه خبر عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولا أثر عن صحابي نحتج به ، وما في « المهذب » عن عائشة لم نقف له علىٰ إسناد[٣] ، ونقل البغوي عن الشافعي : أنه يطبخها بحموضة[٤] ، لا يعرف في شيء من كتبه ، ولم يذكره غيره ، وبتقدير ثبوته فليس فيه أنه سنة ، وإنما فيه جواز الطبخ ، ولا خلاف في جواز طبخ أكثرها ، وتمسك شيخنا بأن الماوردي قال : إن لم نجوز ما دون الجذعة والثنية . . وجب التصدق بلحمها نياً[٥] ، وأن الإمام قال : إن أوجبنا التصدق بقدر . . وجب تمليكه نياً[٦] ، وهما محكيان في « أصل الروضة »[٧] ، لكنه **صحح** خلافهما كما تقدم ، وقال شيخنا : إن المحكي في « شرح المهذب » عن الجمهور لم أجده في كلام أحد من الأصحاب ، ولا يوجد في تصنيف ، والعجب أن في « المهذب » : ويستحب أن يطبخ من لحمها طبيخاً حلواً[٨] ، وهو مباين لنقل شارحه عن الجمهور! فإن كان عنده موافقاً له . . فممنوع ، أو مخالفاً . . فكان ينبغي التنبيه عليه .

٥٥٨٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٨] : (**ولا يُكسر عظم**) و« الحاوي » [ص ٦٣٢] : (**بلا كسر عظم**) قد يفهم كراهته ، وليس كذلك في **الأصح** ؛ ولهـٰذا قال « التنبيه » [ص ٨٢] : (**ويستحب نزع اللحم من غير أن يكسر العظم**) والمراد : استحباب ذلك ما أمكنه .

٥٥٨١ـ قول « التنبيه » [ص ٨٢] : (**فإن كان غلاماً . . عق عنه بشاتين . . .** إلىٰ آخره) بعد قوله : (**المستحب لمن ولد له ولد أن يحلق رأسه يوم السابع**) يتبادر إلى الفهم منه أن العقيقة يوم السابع ، لكنه لم يصرح به ، وصرح بذلك « الحاوي » فقال [ص ٦٣٢] : (**وفي السابع أحب**) لكنه لم يبين هل يحسب يوم الولادة من السبعة أم لا ، فظاهر قول « المنهاج » [ص ٥٣٨] : (**وأن تذبح يوم سابع**

---

(١) الروضة (٣/ ٢٣١) .
(٢) المجموع (٨/ ٣٢٢) .
(٣) المهذب (١/ ٢٤١) .
(٤) انظر « التهذيب » (٨/ ٤٩) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ١٢٨) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٢٠٦) .
(٧) الروضة (٣/ ٢٣١) .
(٨) المهذب (١/ ٢٤١) .

ولادته) حسبان يوم الولادة منها ، وهو **الأصح** في « أصل الروضة » هنا[١] ، لكنه **صحح** في الختان من زيادته : أنه لا يحسب[٢] ، ونقل هنا من زيادته عن نص الشافعي في « البويطي » : أنه لا يحسب[٣] ، وقال في « شرح المهذب » مع نقله فيه هـٰذا النص : إن **المذهب** : أنه يحسب[٤] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وكيف استقام له بعد أن عرف النص أن يقول : إن المذهب غيره ، وليس للشافعي نص يخالفه مع أن نص « البويطي » إنما حكاه الشافعي عن مالك ، لكن لما لم يتعقبه . . كان العمل به في مذهبه أولىٰ .

وظاهر كلامهم : استحبابها في السابع وإن مات المولود قبله ، وهو المذكور في « شرح المهذب » فقال : تستحب عندنا ، وقال الحسن البصري ومالك : لا تستحب[٥] ، لكن في « الكفاية » : مذهبنا أنها لا تستحب ، فهـٰذان نقلان متباينان ، ويوافق ما في « الكفاية » قول « أصل الروضة » : ويستحب أن يعق عمن مات بعد الأيام السبعة والتمكن من الذبح ، وقيل : يسقط بالموت . انتهىٰ[٦] .

فإن مفهومه سقوطها عمن مات قبل السابع أو بعده وقبل التمكن من الذبح .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إن مقتضىٰ كلام « المنهاج » عدم استحبابها إذا مات قبله ، وفي « أصل الروضة » : ولا يترك تسمية السقط ، ولا من مات قبل تمام السبعة[٧] ، وهو موافق لما في « شرح المهذب »[٨] ، وإن كانت المسألتان مختلفتين ، وقال بعضهم في السقط الذي لم يتميز كونه ذكراً أو أنثىٰ : يسمىٰ بما يصلح لهما ؛ كحمزة وطلحة وهند .

٥٥٨٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٨] و« الحاوي » [ص ٦٣٢] : (**ويُسَمَّىٰ فيه**) قال البيهقي في « سننه » بعد ذكره ما يدل عليه : إن ما جاء في تسميته حين يولد أصح ، فذكر حديث أنس ، قال : (ذهبت بعبد الله بن أبي طلحة إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم حين ولد) وفيه : (وسماه عبد الله) ، وحديث أبي موسى الأشعري : (ولد لي غلام ، فأتيت به النبي صلى الله عليه وسلم فسماه إبراهيم)[٩] فهـٰذان حديثان ثابتان في « الصحيحين » يدلان على التسمية يوم

---

(١) الروضة (٣/٢٢٩) .
(٢) الروضة (١٠/١٨١) .
(٣) الروضة (٣/٢٢٩) .
(٤) المجموع (٨/٣٢٣) .
(٥) المجموع (٨/٣٤٠) .
(٦) الروضة (٣/٢٣٢) .
(٧) الروضة (٣/٢٣٢) .
(٨) المجموع (٨/٣٢٧) .
(٩) سنن البيهقي الكبرىٰ (٩/٣٠٥) .

الولادة[1] ، وذكر ابن عبد البر في « الاستيعاب » حديث أنس : قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ولد لي الليلة غلام فسميته إبراهيم باسم أبي إبراهيم » ، وقال : إنه أصح من قول الزبير بن بكار : أنه سماه يوم سابعه[2] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إذا ثبتت الأحاديث الصحيحة بالتسمية يوم الولادة . . فهو السنة ، وليس للشافعي نص يخالفه .

٥٥٨٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٨] و« الحاوي » [ص ٦٣٢] : (**ويحلق رأسه**) : (**وحَلْق شعره**) لم يصرحا بكونه يوم السابع ، وصرح به « التنبيه »[3] ، وجزم به في « أصل الروضة »[4] ، وحكاه شيخنا في « تصحيح المنهاج » عن الأخبار والآثار والنص واتفاق الأصحاب ؛ فكان ينبغي أن يقولا : (فيه) كما فعلا في التسمية .

٥٥٨٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٨] : (**بعد ذبحها**) حكاه الرافعي عن البغوي ، قال : والذي رجحه الروياني ونقله عن النص : أنه يكون قبل الذبح[5] ، قال في « الروضة » : وبهٰذا قطع المحاملي في « المقنع » ، وبالأول قطع صاحب « المهذب » والجرجاني في « التحرير » ، وفي الحديث إشارة إليه ، فهو أرجح[6] .

ومال شيخنا في « تصحيح المنهاج » إلىٰ كونه قبل الذبح ؛ للنص ، وحكاه عن الشيخ أبي حامد ، وقال : إنه المذهب ؛ فإنه ليس في ذلك الجانب نص للشافعي ، ثم ذكر أن الماوردي حكىٰ عن الشافعي أنه قال : وهٰذا ـ أي : حلق شعره والتصدق بزنته ـ أحب ما صُنع بالمولود بعد الذبح[7] ، ثم أوَّله شيخنا علىٰ أن الشافعي إنما أراد : اجتناب صنع الجاهلية في تدمية رأسه يوم العقيقة ثم حلقه ؛ لأن تأخير الحلق عن الذبح سنة .

قلت : وفي التأويل نظر ، بل هما نصان ، وفي المسألة قولان ، والله أعلم .

وذكر في « الكفاية » أن مقتضىٰ عبارة « التنبيه » كونه قبل الذبح .

٥٥٨٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٨] و« الحاوي » [ص ٦٣٢] : (**ويتصدق بزنته ذهباً أو فضة**) عبارة

---

(١) صحيح البخاري (٥١٥٠) ، (٥١٥٣) ، صحيح مسلم (٢١٤٤) ، (٢١٤٥) .

(٢) الاستيعاب (١/ ٥٤) .

(٣) التنبيه (ص ٨٢) .

(٤) الروضة (٣/ ٢٣٢) .

(٥) فتح العزيز (١٢/ ١١٩) ، وانظر « التهذيب » (٨/ ٥٠) .

(٦) الروضة (٣/ ٢٣٢) ، وانظر « المهذب » (١/ ٢٤١) ، و« التحرير » (١/ ٢٠٠) .

(٧) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ١٣٠) .

« أصل الروضة » : ذهباً ، فإن لم يتيسر . . ففضة[1] .

٥٥٨٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٨] : **(ويُؤذن في أذنه حين يولد)** قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هو مقيد بمقتضى الأدلة بالأذن اليمنىٰ ؛ لحديث عائشة : (كان يعجبه التيمن في تنعله وترجله وطهوره وفي شأنه كله)[2] ، وهـٰذا داخل في شأنه كله .

قلت : وروى ابن السني عن الحسين بن عليّ مرفوعاً : (من ولد له مولود فأذن في أذنه اليمنىٰ وأقام في أذنه اليسرىٰ . . لم تضره أم الصبيان)[3] ، وحكى استحبابه في « أصل الروضة » عن عمر بن عبد العزيز وبعض أصحابنا[4] ، وفي « الأذكار » عن جماعة من أصحابنا[5] .

٥٥٨٧ـ قوله : **(ويحنك بتمر)**[6] قال في « أصل الروضة » : فإن لم يكن تمر . . فحلو غيره[7] ، وذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » : أن التحنيك مختص بالصبيان ، فلم يجيء في السنة تحنيك الإناث ، قال : ولهـٰذا قال البغوي : إذا وُلد صبي . . يستحب أن يحنك[8] ، قال شيخنا : والحكمة فيه : أن الذكر تطلب فصاحته واشتداد حنكه وحلاوة لسانه ، بخلاف الأنثىٰ .

قلت : إنما كانوا يحملون الصبيان إلى النبي صلى الله عليه وسلم ؛ لاعتنائهم بهم دون الإناث ، فالظاهر أنهم كانوا يحنكوهن في البيوت ؛ تسوية بينهن وبين الذكور ، والله أعلم .

٥٥٨٨ـ قول « الحاوي » [ص ٦٣٢] : **(ويكره تلطيخ رأسه بالدم)** هو المنقول في « الروضة » وأصلها[9] ، قال في « المهمات » : لكن **المشهور** : تحريم التضمخ بالنجاسة ، ويحرم على الولي أن يفعل به شيئاً من المحرمات على المكلفين ؛ كسقيه خمراً أو إدخال فرجه في فرج محرم ونحو ذلك .

* * *

---

(١) الروضة (٣/ ٢٣٢) .

(٢) أخرجه البخاري (١٦٦) ، ومسلم (٢٦٨) .

(٣) أخرجه أبو يعلىٰ في « مسنده » (٦٧٨٠) ، وقال الحافظ في « التلخيص الحبير » (٤/ ١٤٩) : **أم الصبيان** : هي التابعة من الجن .

(٤) الروضة (٣/ ٢٣٣) .

(٥) الأذكار (ص ٢٢٥) .

(٦) انظر « المنهاج » (ص ٥٣٨) .

(٧) الروضة (٣/ ٢٣٣) .

(٨) انظر « التهذيب » (٨/ ٥١) .

(٩) فتح العزيز (١٢/ ١١٨) ، الروضة (٣/ ٢٣٢) .

كتاب الأطعمة

٥٥٨٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٩] : (**حيوان البحر السمك منه حلال كيف مات**) يفهم توقف الحل علىٰ موته ، وليس كذلك ، وقد تقدم في « المنهاج » في (الصيد والذبائح) أنه يحل بلع سمكة حية **في الأصح**[١] ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » هنا [ص ٦٣٣] : (**وحيوان البحر حياً وميتاً**) .

٥٥٩٠ـ قول « التنبيه » [ص ٨٤] : (**وما سواهما** ـ أي : ما سوى السمك والضفدع ـ . . **فقد قيل : يؤكل ، وقيل : لا يؤكل ، وقيل : ما أكل شبهه من البر أكل ، وما لا يؤكل شبهه من البر لا يؤكل**) فيه أمور :

أحدها : **الأصح** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج » فقال بعد ما تقدم [ص ٥٣٩] : (**وكذا غيره في الأصح**) و« الحاوي » فأطلق حيوان البحر كما تقدم[٢] ، وظاهر كلامهم : حل ما يتقوىٰ بنابه في البحر ، ويوافقه **تصحيحهم** حل خنزير البحر .

ثانيها : أن كلام « التنبيه » و« المنهاج » صريح في انقسام حيوان البحر إلىٰ سمك وغيره ، وهو مخالف **لتصحيحه** في « أصل الروضة » أن السمك يقع علىٰ جميعها[٣] ، وقد يحمل كلام « الروضة » على الإطلاق اللغوي أو الشرعي ، و« التنبيه » و« المنهاج » على العرف .

ثالثها : أن « المنهاج » و« الحاوي » لم يستثنيا من حيوان البحر شيئاً ، واستثنى « التنبيه » الضفدع[٤] ، وذكره « الحاوي » هو والسرطان والسلحفاة في الحشرات[٥] ، وذكر « التنبيه » و« الحاوي » التمساح فيما يتقوىٰ بنابه[٦] ، وذكر الرافعي أن تحريم التمساح للخبث والضرر[٧] ، وقال « المنهاج » عقب ما تقدم [ص ٥٣٩] : (**وما يعيش في بر وبحر كضفدع وسرطان وحية . . حرام**) .

واعترض : بأنه كان ينبغي أن يذكر التمساح هنا ، وبأن الحية لا تعيش في البحر ، واعترض على « التنبيه » : بأنه لا يحتاج إلى استثناء الضفدع ؛ لأن المراد بحيوان البحر : هو ما يعيش في الماء

---

(١) المنهاج (ص ٥٣٢) .

(٢) الحاوي (ص ٦٣٣) .

(٣) الروضة (٣/ ٢٧٤) .

(٤) التنبيه (ص ٨٤) .

(٥) الحاوي (ص ٦٣٦) .

(٦) التنبيه (ص ٨٣) ، الحاوي (ص ٦٣٥) .

(٧) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ١٤٣) .

وعيشه خارجه عيش المذبوح ، والضفدع ليس كذلك كما تقدم ، وقد تحرر أنا إن اعتبرنا مجرد كونه في البحر . . استثنينا من الحل الضفدع والسرطان والسلحفاة والتمساح ، وإن فسرنا حيوان البحر بما تقدم . . لم يحتج إلى استثناء شيء منها ، وقد ظهر بهـٰذا الاستثناء حل شيئين :

أحدهما : الحوت الرقيق المشبه للحية في البر ، وهو : نوع من السمك لا سم فيه . . فإنه حلال بالاتفاق كما حكاه البغوي وغيره ، وهو مستثنىً من الوجه الثالث في « التنبيه » و« المنهاج » المفصل بين ما أكل شبهه في البر وغيره .

ثانيهما : القِرش بكسر القاف ، ومنهم من ضبطه بفتحها وبالشين المعجمة ، وهو : اللخَم بفتح الخاء المعجمة ، وقد صرح المحب الطبري في « شرح التنبيه » بحله فقال : لا أرىٰ التمساح يتقوىٰ بنابه ، ولا ينبغي تعليل تحريمه بذلك ؛ فإن في البحر حيواناً كبيراً يفترس بنابه كالقرش ونحوه وهو حلال ، ولا ريب في أن البحري مخالف للبري . انتهىٰ .

وذكر ابن الأثير في « نهاية غريب الحديث » أن في الحديث حديث عكرمة : اللخَم حلال ، وقال : وهو ضرب من سمك البحر يقال : اسمه القرش[1] .

رابعها : كلام « التنبيه » و« المنهاج » يقتضي أن الخلاف أوجه ، وليس كذلك ؛ فالأول **المرجح** نص عليه في « الأم » و« المختصر » ، والثاني والثالث ذكر القاضي أبو الطيب والإمام والغزالي وغيرهم أنهما قولان أيضاً ، وعبارة « أصل الروضة » : أنها ثلاثة أوجه ، ويقال : أقوال[2] ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : عندي أن الخلاف قولان ووجه ؛ لأني لم أجد في نصوص الشافعي ما يقتضي هـٰذا الثالث ، وكذا فعل أبو الفرج الزاز في « تعليقه » .

خامسها : كلامهما يقتضي أن الوجه الثاني : الحرمة مطلقاً ولو ذكّي ، وفيه احتمالان للبغوي ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأرجح** : أنه حلال ؛ لأن غايته أن يكون برّياً فتحرم ميتته وتحل ذبيحته .

سادسها : تمثيل « المنهاج » ما لا يؤكل مثله في البر بالحمار ، تبع فيه « المحرر »[3] ، وليس في « الشرح » ، وحكاه في زيادة « الروضة » عن صاحبي « الشامل » و« التهذيب » وغيرهما[4] ، ونازعه شيخنا في « تصحيح المنهاج » في النقل عن « الشامل » ، وقال : إن الذي في « التهذيب » شذوذ ، **والصواب** : إلحاقه بالوحشي ؛ لأن هـٰذا وحشي أيضاً ، فإلحاق الوحشي بالوحشي أولىٰ .

---

(١) النهاية في غريب الأثر (٤/ ٢٤٤) .

(٢) الروضة (٣/ ٢٧٤) .

(٣) المحرر (ص ٤٦٨) ، المنهاج (ص ٥٣٩) .

(٤) الروضة (٣/ ٢٧٥) ، وانظر « التهذيب » (٨/ ٥٢) .

٥٥٩١ـ قول « التنبيه » [ص ٨٣] : (**وسنور البر قيل : يؤكل ، وقيل : لا يؤكل**) **الأصح** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج »[١] ولذلك أطلق « الحاوي » تحريم الهرة[٢] ، فتناول الإنسية والوحشية .

٥٥٩٢ـ قول « الحاوي » فيما يحل [ص ٦٣٣] : (**والدلق**) هو ابن مقرض ، وهو في ذلك مخالف لكلام الرافعي في « شرح الكبير » فإنه قال بعد ذكر حل الأرنب واليربوع : والوجهان يجريان في ابن مقرض ، وهو الدلق ، وفي ابن آوىٰ أيضاً ، وفي « تعليق » الشيخ أبي حامد : أن **الأشبه بالمذهب** : حله ، لكن الذي **رجحه** أبو علي الطبري والبغوي والروياني : المنع ؛ لأن رائحته كريهة ، والعرب تستخبثه ، وهـٰذا ما حكى الإمام عن المراوزة القطع به . انتهىٰ[٣] .

وتبعه في « الروضة » فقال : ويحرم ابن آوىٰ وابن مقرض علىٰ **الأصح** عند الأكثرين . انتهىٰ[٤] .

لكن قول الرافعي : (والوجهان يجريان في ابن مقرض) يدل علىٰ سقوط شيء ؛ لأنه لم يتقدم ذكر وجهين ، وقد علم ذلك من « الشرح الصغير » فإنه حكىٰ وجهين في ابن عرس ، وقال : **الأظهر** : الحل ، ثم قال : ويجري الوجهان في ابن مقرض ، وهو الدلق ، وفي ابن آوىٰ ، لكن **الأظهر** في ابن آوى التحريم . انتهىٰ .

ومقتضاه : حل الدلق ؛ فالذي في « الحاوي » هو **الصواب** ، ولزم على السقوط الذي وقع في الرافعي أنه ليس فيه ولا في « الروضة » ذِكر ابن عرس ، مع أنه في « الوجيز » وغيره من المختصرات[٥] .

٥٥٩٣ـ قول « التنبيه » [ص ٨٣] : (**ولا يؤكل ما يتقوىٰ بنابه**) و« الحاوي » [ص ٦٣٥] : (**وناب يعدو به**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٥٣٩] : (**وكل ذي ناب من السباع**) لكونه لم يذكر تقوّيه ولا عدوانه به .

٥٥٩٤ـ قول « التنبيه » في أمثلة ذلك [ص ٨٣] : (**والزرافة**) قال في « شرح المهذب » : إنها حرام بلا خلاف ، وإن بعضهم عدّها من المتولد بين المأكول وغيره[٦] .

وفي « الكفاية » : منع ما في « التنبيه » ، وأن البغوي أفتىٰ بحلها ، ومنهم من غير لفظها فقال :

---

(١) المنهاج (ص ٥٣٩) .
(٢) الحاوي (ص ٦٣٥) .
(٣) فتح العزيز (١٢/ ١٣٢ ، ١٣٣) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٢١١) ، و« التهذيب » (٨/ ٥٧ ، ٥٨) .
(٤) الروضة (٣/ ٢٧٢) .
(٥) الوجيز (٢/ ٢١٥) .
(٦) المجموع (٩/ ٢٦) .

ليست الزرافة بالفاء ، بل بالقاف ، وقال السبكي : إنه ليس بشيء ، وحكى ابن يونس في « النبيه » فيها وجهين ، وأنكر موفق الدين حمزة الحموي تحريمها ، وقال السبكي في « الحلبيات » : **المختار** : حلها ، وهو ما في « فتاوى القاضي الحسين » و« تتمة التتمة » ، قال : وليس في « فتاوى البغوي » ، وعذر ابن الرفعة أنه أراد بـ« فتاوى البغوي » : الفتاوى التي علقها البغوي عن شيخه القاضي الحسين ، وهي « فتاوى القاضي حسين » المشهورة[١] .

٥٥٩٥ـ قول « الحاوي » فيما يحرم [ص ٦٣٦] : (**واللقلق**)[٢] هو **الأصح** في « التهذيب »[٣] ، وهو ما أورده العبادي ، **وصححه** النووي في « أصل الروضة »[٤] ، ومال الجويني إلىٰ أنه حلال ، **وصححه** الغزالي[٥] ، فهـٰذا مما خالف فيه « الحاوي » الغزالي علىٰ خلاف عادته ، فنبهنا عليه لذلك .

٥٥٩٦ـ قول « التنبيه » [ص ٨٤] : (**وأما غراب الزرع والغداف** . . **فقد قيل** : **أنهما يؤكلان** ، **وقيل** : **لا يؤكلان**) **صحح** النووي في « تصحيح التنبيه » في الأول : أنه يؤكل ، وفي الثاني : أنه لا يؤكل[٦] ، فأما حل الأول فعليه مشى « المنهاج »[٧] و« الحاوي » ، وعبر عنه بالزاغ[٨] ، وأما تحريم الثاني : فهو ظاهر كلام « الحاوي » لأنه بعد ذكر حل الزاغ أطلق تحريم الغراب . . فدخل فيه الغداف ، وهو صغير رمادي اللون ، ولا يستفاد من عبارة « المنهاج » في ذلك شيء ؛ لأنه أطلق تحريم الغراب الأبقع ، **وصحح** حل غراب الزرع ، فبقي الغداف مسكوتاً عنه ، والمفهومان فيه متدافعان ؛ وكذلك سكت عن ذكر الغراب الأسود ، ويقال له : الغداف الكبير ، وقد ذكره « التنبيه » فاستوفىٰ ذكر الأربعة[٩] ، ولسنا ننكر تحريم الغداف الكبير ؛ فإنه **الأصح** وقطع به جماعة ، وأما الغداف الصغير . . فإن النووي اعتمد في « تصحيحه » التحريم ، علىٰ أنه **الأصح** في « أصل الروضة »[١٠] .

وكلام الرافعي غير موافق له ، بل مخالف ؛ فإنه قال : فيه وجهان كالوجهين في النوع الذي

---

(١) قضاء الأرب في أسئلة حلب (ص ٥٣٦ ، ٥٣٧) مسألة (٦٤) .
(٢) **اللقلق** : طائر أعجمي طويل العنق يأكل الحيات ، والجمع : اللقالق . انظر « مختار الصحاح » (ص ٢٥١) .
(٣) التهذيب (٨/ ٦٤) .
(٤) الروضة (٣/ ٢٧٣) .
(٥) انظر « الوجيز » (٢/ ٢١٥) .
(٦) تصحيح التنبيه (١/ ٢٧١) .
(٧) المنهاج (ص ٥٣٩) .
(٨) الحاوي (ص ٦٣٤) .
(٩) التنبيه (ص ٨٤) .
(١٠) الروضة (٣/ ٢٧٣) .

قبله ؛ يعني : غراب الزرع[1] ، وقد **صحح** فيه الحل كما تقدم ، وعبارة « الشرح الصغير » : فيه الوجهان ، وفي « المطلب » : أن الرافعي **صحح** في الغداف الصغير الحل ، وعمدته في ذلك هٰذا التشبيه ، وفي « شرح المهذب » : أن الرافعي **صحح** فيه التحريم[2] ، وأخذ ذلك من « الروضة » ، وفي « المهمات » : أن الذي في « الروضة » غلط ، وذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » : أنه لم يصر إليه أحد من الأصحاب ، وكلامهم علىٰ خلافه .

٥٥٩٧ـ قول « التنبيه » [ص ٨٣] : (**والديك والدجاجة**) من ذكر العام بعد الخاص ، وهو سائغ ، لكنه ينافي الاختصار ، وقد اقتصر « المنهاج » على الدجاج[3] .

٥٥٩٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٩] و« الحاوي » [ص ٦٣٦] : (**ويحرم بَبَّغَا وطاووس**) نقل **تصحيحه** في « الروضة » وأصلها عن البغوي فقط[4] .

٥٥٩٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٣٩] : (**وحمام ، وهو كل ما عب وهدر**) في « الروضة » في جزاء الصيد : المراد بالحمام : كل ما عب الماء ، وهو أن يشربه جرعاً ، ولا حاجة إلىٰ وصفه بالهدير مع العب ؛ فإنهما متلازمان ؛ ولهٰذا اقتصر الشافعي على العب[5] .

٥٦٠٠ـ قوله : (**وما لا نص فيه ؛ إن استطابه أهل يسار وطباع سليمة من العرب في حال رفاهية . . حل ، وإن استخبثوه . . فلا ، وإن جُهل اسم حيوان . . سُئِلوا وعُمِل بتسميتهم ، وإن لم يكن له اسم عندهم . . اعتبر بالأشبه به**)[6] فيه أمور :

أحدها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وإن أريد : نص كتاب أو سنة . . لم يستقم ؛ فقد حكم بحل الثعلب واليربوع ، وتحريم الببغا والطاووس وليس فيها نص كتاب ولا سنة ، ولا يرجع في ذلك لاستطابة ولا استخباث ، وإن أريد : نص كتاب أو سنة أو قول عالم . . فقول العالم ليس دليلاً يُعمل به ، وإن أريد : نص كتاب أو سنة أو نص الشافعي أو أحد من أصحابه . . فهو بعيد ؛ لأن مثل ذلك [لا][7] يطلق عليه نص في اصطلاح الأصوليين ، وعبارة « أصل الروضة » : لم يرد فيه نص بتحليل ولا تحريم ، ولا أمر بقتله ولا نهي عنه[8] ، ولنا فيه نزاع من وجهين :

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٢/١٣٦) .
(٢) المجموع (٩/٢٢) .
(٣) المنهاج (ص ٥٣٩) .
(٤) الروضة (٣/٢٧٣) ، وانظر « التهذيب » (٨/٦٥) .
(٥) الروضة (٣/١٥٨) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٥٣٩) .
(٧) في (ب) : (مما) .
(٨) الروضة (٣/٢٧٦) .

أحدهما : أن في « سنن البيهقي » من حديث جماعة من الصحابة رضي الله عنهم : أنه عليه الصلاة والسلام قال : « وما سكت عنه . . فهو عفو »[1] ورواه أبو داوود بإسناد صحيح عن ابن عباس[2] ، ومقتضاه : أن السكوت عنه عفو من غير مراجعة العرب .

ثانيهما : أن الذي ذكره الشافعي رضي الله عنه في ذلك : أن الله تعالىٰ أحل لهم الطيبات وحرم عليهم الخبائث ، لا علىٰ معنىٰ : أنهم يراجعون ، بل علىٰ معنىٰ : أنه أحل لهم ما كانوا يستطيبونه ويأكلونه إلا ما استثنىٰ ، وحرم عليهم ما كانوا يستخبثونه[3] .

قلت : الجواب عن الترديد المتقدم : أن المراد : نص كتاب أو سنة صريحاً أو استنباطاً ودلالة ، ومن ذلك الأمر بقتله أو النهي عنه ، فيوافق عبارة « الروضة » .

وعن الحديث : أن المستخبث ليس مسكوتاً عنه ، بل هو منصوص علىٰ تحريمه .

وعن النزاع الثاني : أنهم إنما يراجعون ؛ لمعرفة أن هـٰذا المشكوك فيه هل هو مما كانوا يستطيبونه أو يستخبثونه ؟ وعبارة « الحاوي » [ص ٦٣٦] : (**وإن أشكل . . روجعت**) أي : العرب ؛ ولم يقيدهم بشيء ، وفي « التنبيه » [ص ٨٣] : (**ولا يؤكل ماتستخبثه العرب من الحشرات**) ولا حاجة لتقييده بالحشرات ؛ فكل مستخبثهم حرام ، واعتذر عنه في « الكفاية » .

ثانيها : أنه يعتبر مع ذلك أن يكونوا سكان البلاد أو القرىٰ دون أجلاف البوادي ، وقد يقال : هـٰذا هو مراد « المنهاج » بقوله [ص ٥٣٩] : (**أهل يسار وطباع سليمة**) .

ثالثها : المراد : العرب الذين كانوا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ لأن الخطاب لهم ، حكاه الرافعي عن جماعة ، ثم قال : ويشبه أن يقال : يُرجع في كل زمان إلى العرب الموجودين فيه . انتهىٰ[4] .

والمحكي عن جماعة هو منصوص الشافعي رضي الله عنه ، ورد شيخنا في « تصحيح المنهاج » بحث الرافعي : بأنا إذا رجعنا إلىٰ عرب زمن فاستطابوه ، ثم إن العرب في زمن بعده استخبثوه أو بالعكس ؛ فإن قضينا للسابق . . لزم ألاَّ يعتبر عرب الزمن الثاني ، أو للاحق . . لزم ألاَّ يعتبر عرب الزمن الأول ، وكلاهما خلاف مدعاه ، فإن قيل : يعتبر السابق وصار هـٰذا معلوم الحكم بما ظهر من عرب ذلك الزمان . . قلنا : هـٰذا خلاف إناطة الحكم بالرجوع إلى العرب الموجودين في كل زمن . انتهىٰ .

---

(١) سنن البيهقي الكبرىٰ (١٩١٧٥) ، (١٩٢٤٣) ، (١٩٥٠٦) ، (١٩٥٠٧) ، (١٩٥٠٨) .

(٢) سنن أبي داوود (٣٨٠٠) .

(٣) انظر « الأم » (٢/ ٢٤١) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ١٤٤) .

قلت : مراد الرافعي : أنه يرجع إلى العرب الموجودين في مجهول الأمر ، وهـٰذا قد عُرِفَ أمره فيما سبق ، وأنه مستطاب أو مستخبث ، والله أعلم .

رابعها : اعترض عليه : بأن عبارته تفهم اعتبار اجتماعهم علىٰ ذلك ، والمعتبر إنما هو الأكثر ، فإن استويا . . قال الماوردي وأبو الحسن العبادي : تتبع قريش ، فإن اختلفت قريش ولا ترجيح ، أو شكوا فلم يحكموا بشيء ، أو لم يجدهم ولا غيرهم من العرب . . اعتبرناه بأقرب الحيوان شبهاً به ، إما في الصورة ، أو في الطبع من الصيالة[1] والعدوان ، أو في طعم اللحم ، فإن استوى الشبهان ، أو لم نجد ما يشبهه . . فوجهان ، **أصحهما** : الحل[2] .

خامسها : قوله : (**وإن جهل اسم حيوان . . سئلوا**)[3] مقتضاه : عود الضمير للعرب الموصوفين بما تقدم ، وليس كذلك ؛ فمعرفة اسم الحيوان لا تتوقف علىٰ ذلك ؛ فالضمير عائد على العرب بدون تلك الأوصاف .

٥٦٠١ـ قول « التنبيه » [ص ٨٤] : (**وتكره الشاة الجلالة**) لا يختص بالشاة ؛ فسائر الحيوانات كذلك ؛ ولهـٰذا عبر « المنهاج » و« الحاوي » بالجلالة من غير تقييد بالشاة[4] ، وظاهر تعبير « التنبيه » و« الحاوي » بالكراهة أنها كراهة تنزيه ، وهو الذي حكاه الرافعي عن الأكثرين ، **وصححه** النووي في كتبه[5] ، لكن **صحح** في « المحرر » : التحريم[6] ، فاستدرك عليه « المنهاج » .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إن **المصحح** في « المحرر » وهو ظاهر نص « الأم » حيث قال : والجلالة منهي عن لحومها[7] ، قال شيخنا : وهو ظاهر النهي الذي جاءت به الأخبار ، وقول « المنهاج » [ص ٥٣٩] : (**وإذا ظهر تغير لحم جلالة**) فيه أمران :

أحدهما : أن مقتضاه : أنه لا اعتبار بكثرة العلف ، بل بالرائحة والنتن ، فإن وُجد في عرقها وغيره ريح النجاسة . . فجلالة ، وإلا . . فلا ، وهـٰذا هو **الصحيح** في « أصل الروضة »[8] ، لكن في « تحرير النووي » تبعاً لـ« المهذب » : أن الاعتبار بكون أكثر أكلها النجاسة[9] ؛ ولذلك نسب

---

(١) في النسخ : (الصيانة) ، ولعل المثبت من « المجموع » (٩/ ٢٥) هو الصواب ، والله أعلم .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ١٣٤) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٣٩) .
(٤) الحاوي (ص ٦٣٦) ، المنهاج (ص ٥٣٩) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ١٥٠ ، ١٥١) ، و« الروضة » (٣/ ٢٧٨) .
(٦) المحرر (ص ٤٦٩) .
(٧) الأم (٢/ ٢٤٢) .
(٨) الروضة (٣/ ٢٧٨) .
(٩) المهذب (١/ ٢٥٠) ، تحرير ألفاظ التنبيه (ص ١٧٠) .

ابن الرفعة تصحيح هـٰذا للنووي ، لكن **المصحح** في بقية كتبه ما قدمته .

ثانيهما : أن ذلك لا يختص بلحمها ، بل لبنها وبيضها كذلك ، بل صرح « الحاوي » بذكر اللبن[١] ، ويكره الركوب عليها بلا حائل ، وفي « المطلب » : لا خلاف أنه ليس بحرام ولو أصابه من عرقها شيء ؛ لأنه لا خلاف أنها طاهرة فعرقها طاهر .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وعندي ليس كما قال ، بل عرقها الذي فيه ريح النجاسة نجس ؛ لتحلله من النجاسة ، ولا يلزم من نجاسة عرقها نجاسة عينها ؛ لأن عرقها يتحلل من النجاسة ، فهو كفضلتها ، **فيتجه** تحريم ركوبها حال عرقها ؛ لتحريم التضمخ بالنجاسة ، ويتنزل النهي علىٰ هـٰذا ، قال : ولم أر من تعرض لذلك . انتهىٰ .

فلو قال : حرمَت أو كرهت كما عبر به « التنبيه » و« الحاوي » . . لكان أولىٰ .

قال شيخنا في« تصحيح المنهاج » : وينبغي تعدي الحكم إلىٰ شعرها وصوفها المنفصل في حياتها ، فيكون نجساً على القول بتحريمها تفريعاً **على المذهب** في نجاسة الشعر المنفصل من الحيوان غير المأكول في حياته .

قال الشيخ عز الدين بن عبد السلام : ولو غذىٰ شاة عشر سنين بمال حرام . . لم يحرم عليه أكلها ولا علىٰ غيره[٢] .

٥٦٠٢ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**فإن علفت طاهراً فطاب . . حل**)[٣] يقتضي أنه لو طاب بدون علف . . لم يحل ، وكذا قال في « أصل الروضة » : لو لم تعلف . . لم يزل المنع بغسل اللحم بعد الذبح ، ولا بالطبخ وإن زالت الرائحة به ، وكذا لو زالت بمرور الزمان عند صاحب « التهذيب » ، وقيل بخلافه[٤] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهـٰذا في مرور الزمان على اللحم ، فلو مر على الجلالة أيام من غير أن يأكل طاهراً فزالت الرائحة . . حلت ، وإنما ذكر العلف بطاهر ؛ لأن الغالب أن الحيوان لا بد له من العلف .

٥٦٠٣ـ قول « الحاوي » [ص ٦٣٧] : (**لا زرع الزبل**) أي : لا يكره الزرع النابت على الزبل وإن كثرت النجاسة في أصله ، وليس في كلام الغزالي والرافعي نفي الكراهة ، وإنما فيهما نفي التحريم[٥] ، ولا يلزم منه نفي الكراهة .

---

(١) الحاوي (ص ٦٣٦) .
(٢) انظر « قواعد الأحكام في اصلاح الأنام » (١/ ٣٣٥) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٨٤) ، و« الحاوي » (ص ٦٣٦) ، و« المنهاج » (ص ٥٤٠) .
(٤) الروضة (٣/ ٢٧٨) ، وانظر « التهذيب » (٨/ ٦٦) .
(٥) انظر « الوجيز » (٢/ ٢١٦) ، و« فتح العزيز » (١٢/ ١٥٥ ، ١٥٦) .

٥٦٠٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٠] : (**ولو تنجس طاهر كخل**) كذا سائر المائعات ، ولو كانت دهناً إذا قلنا : إنه لا يطهر بالغسل .

٥٦٠٥ـ قوله : (**ودبس ذائب**)(١) أخرج به الجامد ؛ فإنه لا يحرم جميعه ، بل يزيله وما حوله ويحل الباقي ، وقوله : (**حرم**)(٢) أي : أكله ؛ فإنه يحل الاستصباح به كما تقدم ، ومفهومه : أنه لا تحريم عند انتفاء التنجيس ، لكن قال الغزالي : لو وقع في قدر طبيخ جزء من لحم آدمي ميت . . لم يحل منه شيء ؛ لحرمة الآدمي ، وقال في « شرح المهذب » : **المختار الصحيح** : أنه لا يحرم ؛ لأنه صار مستهلكاً(٣) .

٥٦٠٦ـ قول « التنبيه » [ص ٨٤] : (**ولا يحرم كسب الحجام**) لا يُعلم منه حكمه ، وهو مكروه كما صرح به « المنهاج » و« الحاوي » ، وتعبيره بقوله : (**ويكره الكسب بمخامرة النجاسة كالحجام**)(٤) أحسن من تعبير « المنهاج » بقوله [ص ٥٤٠] : (**وما كسب بمخامرة نجس ؛ كحجامة وكنس . . مكروه**) لأن ظاهره أن (ما) موصولة ، فيكون معناه : أن المكسوب بذلك مكروه ، ولا يظهر وصف نفس المكسوب بكراهة ولا غيرها ، إنما تتعلق الكراهة بالكسب ، فتُحمل (ما) في كلامه علىٰ أنها مصدرية ، فيوافق تعبير « الحاوي » ، ثم في تعبيرهما أمران :

أحدهما : أن ظاهره كراهة الكسب بمخامرة النجاسة علىٰ كل أحد ، وليس كذلك ، بل الكراهة مختصة بالحر ، وقولهما بعد ذلك : (**ويطعمه رقيقه وناضحه**)(٥) لا يدل على اختصاص ذلك بالحر ؛ لأن المكاتب قد يكون له رقيق وناضح ، فكان ينبغي التصريح بذلك .

ثانيهما : أن كلامهما صريح في أن علة الكراهة : مخامرة النجاسة ، وفي « أصل الروضة » : أنه الذي أطلقه جمهور الأصحاب(٦) ، لكن قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **إن المذهب المعتمد المنصوص في «الأم» و«المختصر»** وقال به جمع من الطريقين : أن النظر إلىٰ دناءة الحرفة ، وعبارة الشافعي : (لا معنىٰ له ـ أي : للنهي ـ إلا واحد ، وهو أن من المكاسب دنِيّاً وحسناً ، فكان كسب الحجام دنياً ، فأحب له تنزيه نفسه عن الدناءة ؛ لكثرة المكاسب التي هي أجمل منه ، فلما زاده في أمره . . أمره أن يطعم رقيقه ويعلفه ناضحه ؛ تنزيهاً له ، لا تحريما عليه) انتهىٰ(٧) .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٤٠) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٤٠) .
(٣) المجموع (٩/ ٣٥ ، ٣٦) .
(٤) الحاوي (ص ٦٣٦ ، ٦٣٧) .
(٥) انظر « الحاوي » (ص ٦٣٧) ، و« المنهاج » (ص ٥٤٠) .
(٦) الروضة (٣/ ٢٨٠) .
(٧) مختصر المزني (ص ٢٨٦) .

وقول « المنهاج » [ص ٥٤٠] : (**وكنس**) أراد به : كنس النجاسة من المراحيض وغيرها ؛ بناءً علىٰ **ترجيحه** التعليل بمخامرة النجاسة ، وقول « التنبيه » [ص ٨٤] : (**والأولىٰ أن يتنزه الحر من أكله**) مثل قول « المنهاج » [ص ٥٤٠] : (**ويسن ألا يأكله ويطعمه رقيقه وناضحه**) ، وذلك لا يدل علىٰ كراهة أكل الحر له ، والمنقول الكراهة ، وعبارة « الحاوي » [ص ٦٣٧] : (**ويطعم رقيقه وناضحه**) وليس فيه تصريح بحكمه .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إطعامه ذلك لرقيقه وناضحه ليس بمسنون ، وإنما هو جائز ، وكذا قال الشافعي . انتهىٰ .

وتبعا في التعبير بالرقيق والناضح لفظ الحديث[١] ، وسائر الدواب كذلك .

٥٦٠٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٠] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٦٣٣] : (**ويحل جنينٌ وُجِد ميتاً في بطن مذكاة**) فيه أمور :

أحدها : أن محله : في جنين ظهرت صورة الحيوان فيه ؛ ففي حل المضغة وجهان في « أصل الروضة » مبنيان علىٰ وجوب الغرة فيها وثبوت الاستيلاد[٢] ؛ يعني : لو كان من آدمية ، **والأصح** : أنه لا يجب الغرة ولا يثبت الاستيلاد ، فلا تحل مضغة الحيوان المذكىٰ .

ثانيها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محله : ما إذا لم يوجد قبل الذبح سبب يحال عليه موته ، فلو ضرب حاملاً علىٰ بطنها وكان الجنين متحركاً فسكن حتىٰ ذبحت فوجد ميتاً . . لم يحل ، فلو لم يتحرك قبل ذلك ولم يعرف حاله وذبحنا الأم فوجدنا الجنين ميتاً مع احتمال أن يكون لم يدخله الروح ، أو دخلته وخرجت بالضرب . . فيرجح التحريم أيضاً ، قال : ولم أر من تعرض لشيء من ذلك .

ثالثها : قوله : (**ميتاً**) كذا لو كان في حكمه ؛ بأن يوجد وبه حركة مذبوح ، فإن كان به حياة مستقرة . . لم يحل بدون ذبح .

رابعها : مقتضاه : أنه لو أخرج الجنين رأسه وبه حياة مستقرة فلما فتح كرش الأم وُجد ميتاً . . أنه يحل ، وهو **الأصح** في زيادة « الروضة »[٣] ، لكن **صحح** شيخنا في « تصحيح المنهاج » مقابله .

---

(١) عن ابن محيصة عن أبيه أنه استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في إجارة الحجام ، فنهاه عنها ، فلم يزل يسأله ويستأذنه حتىٰ أمره أن اعلفه ناضحك ورقيقك . أخرجه أبو داوود (٣٤٢٢) ، والترمذي (١٢٧٧) ، ومالك (١٧٥٦) ، وأحمد (٢٣٧٤٠) ، وابن حبان (٥١٥٤) .

(٢) الروضة (٣/ ٢٨٠) .

(٣) الروضة (٣/ ٢٧٩ ، ٢٨٠) .

٥٦٠٨ـ قول « الحاوي » [ص ٦٣٧] : (**ويباح لخوف ومرض مخوف أكل الحرام ، ويجب**) المراد بالخوف الذي أطلقه أولاً : الخوف علىٰ نفسه ، فلو صرح بذلك كما فعل « المنهاج » فقال [ص ٥٤٠] : (**ومن خاف علىٰ نفسه موتاً أو مَرضا مخوفاً**) . . لكان أولىٰ ، ومرادهما : مع الاضطرار لذلك ، ثم في كلامهما أمور :

أحدها : يستثنىٰ منه العاصي بسفره ؛ فليس له أكل الميتة عند الاضطرار **على المذهب** ، وضم إليه شيخنا في « تصحيح المنهاج » : مراق الدم ؛ كالمرتد والحربي ، قال : فلا يجوز لهما تناول الميتة حتىٰ يسلما ، قال : وكذا مراق الدم من المسلمين وهو متمكن من إسقاط القتل بالتوبة ؛ كتارك الصلاة ومن قتل في قطع الطريق . . فلا يأكلان من الميتة حتىٰ يتوبا ، قال : ولم أر من تعرض له ، وهو متعين .

ثانيها : يستثنىٰ منه أيضاً : ما إذا أشرف على الموت . . فلا يلزمه الأكل ، بل ولا يحل له ؛ فإنه حينئذ لا ينفع ، ذكره في « أصل الروضة »[1] .

ثالثها : يضم إلىٰ خوف الموت أو المرض المخوف ما لو خاف طول المرض **على الأصح أو الأظهر** في « أصل الروضة » ، وما لو عيل صبره وأجهده الجوع **على الأظهر** من زيادة « الروضة » ، قال في « أصل الروضة » : ولا خلاف في الحل إذا كان يخاف علىٰ نفسه لو لم يأكل منه من جوع أو ضعف عن المشي والركوب ، وينقطع عن رفقته ويضيع ونحو ذلك[2] ، ولو جوز تلف نفسه وسلامتها على السواء . . حلت له أيضاً كما حكاه الإمام عن صريح كلامهم ، وأقره عليه في « الكفاية » ، وصوبه بعضهم .

رابعها : قال في « المطلب » : إن الجزم باعتبار خوف المرض المخوف هنا مع حكاية الخلاف في إباحة التيمم به لا يستقيم ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه يخرج من نص « الأم » وظاهر نص « المختصر » في ذلك قولان ، ونص « الأم » الإباحة ، قال : وإذا جريا في هـٰذه الصورة . . فجريانهما فيما إذا خاف طول المرض أولىٰ .

خامسها : أنهما أطلقا وجوب الأكل ، والواجب منه سد الرمق دون الشبع ، حكاه في « شرح المهذب » عن الدارمي وصاحب « البيان » وآخرين[3] ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وينبغي أن يقيد هـٰذا القيد بما إذا لم يخف الهلاك لو ترك الشبع ؛ فإنه يلزمه الشبع **على الأصح** .

سادسها : ظاهر إطلاقهما التخيير بين أنواع الحرام ، لكن لو كانت الميتة نوعين : أحدهما من

---

(١) الروضة (٣/ ٢٨٢) .

(٢) الروضة (٣/ ٢٨٢) .

(٣) المجموع (٩/ ٣٨) .

جنس المأكول والآخر من غيره ؛ كشاة وحمار ، أو إحداهما طاهرة في الحياة دون الأخرىٰ ؛ كشاة وكلب . . فهل يتخير بينهما أو تتعين الشاة ؟ وجهان ، قال النووي : ينبغي أن يكون **الراجح** : ترك الكلب والتخيير في الباقي . انتهىٰ[(١)] .

وحكى الماوردي الوجه الثاني : أنه يتخير إلا أن يكون خنزيراً[(٢)] ، واستحسنه شيخنا في « تصحيح المنهاج » .

واعلم : أنه لو عم الأرض الحرام . . جاز استعمال ما يحتاج إليه ولا يقتصر على الضرورة ، قال الإمام : ولا يتبسط فيه كما يتبسط في الحلال ، بل يقتصر على الحاجيّ ، قال الشيخ عز الدين : صورة المسألة : أن يتوقع معرفة المستحقين في المستقبل ، أما عند الإياس . . فلا يتصور ؛ لأن المال حينئذ يكون للمصالح العامة[(٣)] .

ولو اضطرت المرأة إلى الطعام فامتنع المالك من بذله إلا بوطئها زنا . . قال المحب الطبري في « شرح التنبيه » : لم أر فيه نقلاً ، والذي ظهر لي أنه لا يجوز لها تمكينه ، وخالف إباحة الميتة في أن الاضطرار فيها إلىٰ نفس المحرم وقد تندفع الضرورة ، وهنا الاضطرار ليس إلى المحرم ، وإنما جعل المحرم وسيلة إليه ، وقد لا تندفع به الضرورة ؛ إذ قد يُصِرُّ على المنع بعد وطئها .

٥٦٠٩ـ قول « التنبيه » [ص ٨٤] : (**فإن اضطر إلى الميتة . . أكل منها قدر ما يسد به الرمق في أحد القولين ، وقدر الشبع في الآخر**) **الأظهر** : الأول ، وعليه مشى « الحاوي » و« المنهاج »[(٤)] ، وقيده بقيدين :

أحدهما : ألاَّ يتوقع حلالاً ، فإن توقع حلالاً . . لم يجز غير سد الرمق .

ثانيهما : ألاَّ يخاف تلفاً إن اقتصر علىٰ سد الرمق[(٥)] ، فإن خاف من ذلك تلفاً . . فله الشبع ، وإليه أشار « الحاوي » بقوله [ص ٦٣٧] : (**وإن عجز عن السير ويهلك الشبع**) وفيه أمور :

أحدها : مقتضىٰ كلام « المنهاج » في القيد الأول القطع عند توقع الحلال بأنه لا يجوز غير سد الرمق ، وليس محل قطع ، وإنما هو طريقة للإمام ؛ ففي « أصل الروضة » : أن أكثرهم أطلق الخلاف ، وفصل الإمام والغزالي تفصيلاً حاصله : أنه إن كان ببادية وخاف إن لم يشبع لم يقطعها **ويهلك** . . وجب القطع بالشبع ، وإن كان ببلد وتوقع الحلال قبل عود الضرورة . . وجب القطع بعدمه ، وإن كان لا يظهر حصول الحلال وأمكنه الرجوع إلى الحرام مرة بعد مرة إن لم يجد

(١) انظر « الروضة » (٣/ ٢٩٠) ، « المجموع » (٩/ ٤٤) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ١٧٧) .
(٣) قواعد الأحكام في إصلاح الأنام (٢/ ٣١٤) ، وانظر « غياث الأمم في التياث الظلم » (ص ٣٩١) .
(٤) الحاوي (ص ٦٣٧) ، المنهاج (ص ٥٤٠) .
(٥) المنهاج (ص ٥٤٠) .

الحلال . . فهو موضع الخلاف ، قال النووي : هٰذا التفصيل هو **الراجح** ، **والأصح** من الخلاف : الاقتصار علىٰ سد الرمق[1] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هٰذا طريق ضعيف مخالف لظواهر نصوص الشافعي رضي الله عنه ولطريقة الجمهور ، ثم هو مقيد بالخائف من الموت ، فأما من خاف حدوث مرض مخوف أو طول المرض ولا يندفع إلا بالشبع . . فلا يتعين عليه الاقتصار علىٰ سد الرمق .

ثانيها : أنه اقتصر في القيد الثاني علىٰ خوف التلف ، فيزاد عليه : خوف حدوث مرض مخوف أو طوله إن اقتصر .

ثالثها : **رجح** شيخنا في « تصحيح المنهاج » : قول الشبع ؛ للأخبار الدالة عليه ، قال : وقد قال الشافعي في « اختلاف أهل المدينة وأبي حنيفة » كما نقله المزني : أن الاقتصار علىٰ سد الرمق ليس بالبيّن ، وصرح في ذبائح بني إسرائيل بأن الأحب إليه أن يكون أكله علىٰ ما يقطع عنه الجوع ، وأنه لا يتبين له تحريم الشبع ، ويظهر من هٰذا أنه حيث يقول : يقتصر علىٰ ما يرد نفسه ، محتمل أن يريد بذلك : الاستحباب كما صرح به ؛ فقد ترجح بهٰذا قول الشبع ، وأيضاً فإنه إذا خاف التلف إن لم يشبع . . تعيّن الشبع قطعاً ، ولا يأتي قول سد الرمق ، وليس لنا حالة يقطع فيها بسد الرمق ، وحالة توقع الحلال تقدم ردّها ، فإن قيل : فقد ذكر البندنيجي والقاضي حسين أن القول بسد الرمق مختار الشافعي . . قلنا : مختاره من جهة الاستحباب لا من جهة تحريم الشبع ، وإن أجزأه ما دونه . انتهىٰ .

وهنا تنبيهان :

أحدهما : ليس المراد من الشبع : ألاَّ يبقىٰ للطعام مساغ ؛ فإن هٰذا حرام قطعاً ، صرح به البندنيجي وأبو الطيب وغيرهما ، بل المراد كما قال الإمام : أن يأكل حتىٰ يكسر سورة الجوع بحيث لا يطلق عليه اسم جائع[2] .

ثانيهما : **المشهور** في سد الرمق : أنه بالسين المهملة ، وفي « المهمات » : أنه بالشين المعجمة ؛ لأن الرمق بقية الروح كما قاله جماعة ، وقال بعضهم : القوة .

٥٦١٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٠] : (**وله أكل آدمي ميت**) يستثنىٰ منه : ما إذا كان الميت نبياً . . فلا يجوز الأكل منه قطعاً ، حكاه في « أصل الروضة » عن إبراهيم المروذي ، وهو واضح ، ولا يأكل من غير النبي إلا سد الرمق قطعاً ، حكاه في « أصل الروضة » عن الماوردي[3] .

---

(١) الروضة (٣/ ٢٨٣) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٢٢٦) ، و« الوجيز » (٢/ ٢١٦) .

(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٢٢٤) .

(٣) الروضة (٣/ ٢٨٤) ، وانظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ١٧٥) .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو متعقب بالقدر الذي يدفع الخوف ، ولا يأكله إلا نياً ؛ لأن في طبخه أو شيه هتك حرمته ، حكاه في « الروضة » عن الماوردي أيضاً[1] ، ولو كان المضطر ذمياً والميت مسلماً . . فهل له أكله ؟ فيه وجهان ، قال في زيادة « الروضة » : **القياس** : تحريمه[2] ، ولا بد من فقد الميتة ونحوها كما في قطع بعض المضطر .

٥٦١١ـ قوله : (**وقتل مرتد وحربي**)[3] أي : لأكلهما ، قد يفهم أنه ليس له قتل الزاني المحصن والمحارب وتارك الصلاة ، وليس كذلك ، بل له قتلهم **في الأصح** ، وهو مفهوم من قول « الحاوي » [ص ٦٣٧] : (**لا معصوم**) وله قتل من له عليه قصاص وأكله وإن لم يحضره السلطان .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وكذا لو كان له قصاص في طرفه . . فيجوز له قطعه وأكله .

٥٦١٢ـ قول « المنهاج » من زيادته مستدركاً على « المحرر » [ص ٥٤٠] : (**الأصح : حل قتل الصبي والمرأة الحربيين للأكل**) و« الحاوي » [ص ٦٣٧] : (**وقتل صبي الحربي**) تبعا فيه الإمام والغزالي[4] ، وصحح شيخنا في « تصحيح المنهاج » تبعاً للبغوي و« المحرر » منعه[5] ، قال : ومحل الخلاف : ما إذا لم يستول عليهما قبل القتل ، فإن استولىٰ عليهما . . صارا رقيقين معصومين ، ولا يجوز له حينئذ قتلهما قطعاً .

٥٦١٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٠] : (**ولو وجد طعام غائب . . أكل وغرم**) فيه أمور :

أحدها : استثنىٰ منه شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ما إذا كان الغائب مضطراً يحضر عن قرب . . فليس له أكله ، ولا يرد ذلك علىٰ قول « الحاوي » [ص ٦٣٧] : (**كطلب طعام غير المضطر**) .

ثانيها : المعتبر في المحجور غيبة الولي وحضوره دون المحجور ، فلا عبرة به ، فلو غاب المالك وله وكيل حاضر . فقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هل نقول : لا أثر لحضوره كما يظهر من نص « الإملاء » في حضور وكيل الولي الغائب في النكاح ، أو نقول : هنا ينزل الوكيل منزلة الحاضر ، فيكون كالولي ؟ الثاني **أرجح** .

ثالثها : أسقط من « المحرر » قوله : (**وغرم قيمته**) وهو محمول علىٰ غير المثلي ، فأما المثلي . . فيغرم مثله ، وذلك مقرر في (الغصب) .

---

(١) الروضة (٣/ ٢٨٤) ، وانظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ١٧٥ ، ١٧٦) .
(٢) الروضة (٣/ ٢٨٤) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٤٠) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٢٢١) ، و« الوجيز » (٢/ ٢١٦) .
(٥) التهذيب (٨/ ٦٩) ، المحرر (ص ٤٦٩) .

٥٦١٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٠] : **(أو حاضرٍ مضطر . . لم يلزمه بذله إن لم يفضل عنه)** يستثنىٰ منه : ما إذا كان المضطر نبياً . . فإنه يجب على المالك المضطر بذله ، وكذلك يستثنىٰ هٰذا من قول « الحاوي » [ص ٦٣٧] : **(كطلب طعام غير المضطر)** .

٥٦١٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٠] : **(فإن آثر مسلماً . . جاز)** أي : غير مُراق الدم ، فلا يجوز أن يؤثر مراق الدم ويترك نفسه المعصومة تهلك .

٥٦١٦ـ قوله : **(أو غير مضطر . . لزمه إطعام مضطر مسلم أو ذمي)**(١) كذا المستأمن ، ومحله : في غير مراق الدم ؛ كالزاني المحصن والمحارب وتارك الصلاة ، فلو كان المضطر من صبيان أهل الحرب أو نسائهم أو خنثىٰ منهم أو مجنوناً . . **فالقياس** : أنه يلزمه إطعامهم ، قاله شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، قال : ومحل التردد : ما لم يستول عليهم ، فإن استولىٰ عليهم بحيث رقوا . . لزمه ذلك قطعاً .

ودخل في غير المضطر ما لو كان كذلك في الحال وإن كان قد يحتاج إليه في ثاني الحال ، وهو **الأصح** .

٥٦١٧ـ قوله : **(فإن امتنع . . فله قهره وإن قتله)**(٢) و« الحاوي » [ص ٦٣٨] : **(وقتله إن دفع هدرٌ)** في معنى الامتناع : ما لو بذله بأكثر من ثمن المثل ، وهٰذا بخلاف ما لو قتل المالك المضطر في الدفع . . فإنه يلزمه القصاص ، وإن منعه فمات جوعاً . . لم يضمنه ، وفيه احتمال للماوردي(٣) .

٥٦١٨ـ قول « الحاوي » [ص ٦٣٧] : **(ويجب ؛ كطلب طعام غير المضطر وغصبه)** تبع الغزالي في وجوب غصب طعام غير المضطر(٤) ، وقال الرافعي : إن الخلاف فيه مرتب على الخلاف في وجوب الأكل من الميتة ، وأولىٰ بأن لا يجب ، وخصص البغوي الخلاف بما إذا لم يكن خوف في الأخذ قهراً ، فإن كان . . لم يجب قطعاً ، قال : **والمذهب** : أنه لا يجب القتال كما لا يجب دفع الصائل وأولىٰ(٥) .

٥٦١٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٠] : **(وإنما يلزمه بعوض ناجز إن حضر ، وإلا . . فبنسيئة)** قال القاضي أبو الطيب : إن لم يحتمل الحال التأخير إلى الاتفاق على العوض فأطعمه . . لم يلزمه العوض ، ثم ظاهر كلامه لزوم المسمىٰ وإن زاد علىٰ ثمن المثل ، وهو الأقيس في « أصل الروضة » **والأصح** عند القاضي أبي الطيب ، **والأصح** عند الروياني : لا يلزمه إلا ثمن المثل ؛ لأنه كالمكره ،

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٤٠) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٤٠) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ١٧٣) .
(٤) انظر « الوجيز » (٢/ ٢١٦) .
(٥) فتح العزيز (١٢/ ١٦٥ ، ١٦٦) ، وانظر « التهذيب » (٨/ ٧٠) .

واختار الماوردي : إن كانت الزيادة لا تشق على المضطر ليساره . . لزمته ، وإلا . . فلا[1] ، فهـٰذه ثلاثة أوجه ، وظاهر هـٰذا الإطلاق جريانها في شراء الولي للمحجور المضطر ، ويوافقه ما في « الروضة » في (الجزية) عن الغزالي : أن للولي أن يعقد له بالزيادة على الدينار ، وليس للسفيه المنع كما يشتري له الطعام في المخمصة بثمن غال صيانة لروحه[2] ، ويمكن أن يكون كلامه هناك في غير المضطر .

وقال في « المهمات » : لا وجه لوجوب البيع نسيئة ، بل **الصواب الجاري على القواعد** : جوازه بثمن حال ، غير أنه لا يطالب به في هـٰذه الحالة ؛ لإعساره ، وفائدة الحلول : جواز المطالبة عند القدرة .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » في البيع نسيئة : ينبغي فيما إذا كان له مال غائب أن يكون الأجل ممتداً إلىٰ وصوله إليه كما في نظيره من التيمم ، وإن لم يكن له مال أصلاً ؛ فالنسيئة هنا ليست علىٰ ظاهرها ، بل المراد بها : مجرد التأخير والرضا بالذمة .

٥٦٢٠ـ قوله : (**فإن أطعمه ولم يذكر عوضاً . . فالأصح : لا عوض**)[3] لا يخفىٰ أن محل الخلاف : ما إذا لم يصرح بالإباحة ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وكذا لو ظهرت قرينة إباحة أو تصدق . . فلا عوض قطعاً .

واعلم : أنه يشكل علىٰ تصحيح عدم العوض ما في « أصل الروضة » بعد ذلك من أنه لو أوجر المالك المضطر قهراً أو وهو مغمىً عليه . . استحق القيمة في أحسن الوجهين ؛ لأنه خلصه من الهلاك ، ولما فيه من التحريض علىٰ مثل ذلك[4] ، وفرع في « أصل الروضة » على الأول أنهما لو اختلفا فقال : أطعمتك بعوض ، فقال : بل مجاناً . . فهل يصدق المالك ؛ لأنه أعرف بدفعه ، أم المضطر ؛ لبراءة ذمته ؟ وجهان ، **أصحهما** : الأول[5] .

ويخالفه ما في « أصل الروضة » في أوائل (القرض) : أنهما لو اختلفا في ذكر رد البدل . . فالقول قول الآخذ[6] ، وفي أواخر (الصداق) : لو بعث إلىٰ بيت من لا دين له عليه شيئاً ثم قال : بعثته بعوض ، وأنكر المبعوث إليه . . فالقول قول المبعوث إليه[7] ، ولا يخفىٰ أن محل لزوم

---

(١) الروضة (٣/ ٢٨٧) ، وانظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ١٧٢) .
(٢) الروضة (١٠/ ٣٠١) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٤٠) .
(٤) الروضة (٣/ ٢٨٨) .
(٥) الروضة (٣/ ٢٨٨) .
(٦) الروضة (٤/ ٣٢) .
(٧) الروضة (٧/ ٣٣٠) .

العوض بذكره : ما إذا لم يكن المضطر صبياً ؛ فإنه ليس من أهل الالتزام ، لكن قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : يحتمل أن يلزم في هٰذه الصورة ؛ لما فيه من تحريض صاحب الطعام علىٰ بذله للمضطر ولو صبياً ، والأول أقيس . انتهىٰ .

٥٦٢١ـ قول « التنبيه » [ص ٨٤] : (**وإن وجد المضطر الميتة وطعام الغير.. أكل طعام الغير وضمن بدله إذا قدر ، وقيل : يأكل الميتة ، وإن وجد صيداً وميتة وهو محرم.. ففيه قولان ، أحدهما : يأكل الميتة ، والثاني : يأكل الصيد**) **الأظهر** في الصورتين : أنه يأكل الميتة ؛ وعليه مشى « الحاوي »، وتعبيره بقوله : (**أولىٰ**)[١] أراد به : التعيُّن ، و« المنهاج » وعبر بالمذهب[٢] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : تعبيره بالمذهب لا يستقيم في صورة طعام الغائب ؛ فليس فيها طريقان ولا طرق ، وإنما فيها ثلاثة أوجه ، وقيل : أقوال : **ثالثها** : يتخير ، ولا في صورة الحاضر ؛ لأنه إذا بذل طعامه مجاناً أو بثمن مثله.. لزم المضطر قبوله ، ولا يأكل الميتة ، وإن لم يرض إلا بزيادة كثيرة.. لم يلزمه الشراء ، ويعدل إلى الميتة ، وفي صورة ضعف المالك وسهولة دفعه يكون على الخلاف فيما إذا كان المالك غائباً . انتهىٰ .

لكن في « الكفاية » في صورة الغائب طريقة قاطعة بأكل الميتة ، وفي « شرح المهذب » عن نص الشافعي : أنه إذا خاف المضطر أن الطعام الذي أحضره له غيره مسموم.. فإنه يجوز له تركه والانتقال إلى الميتة[٣] .

ويرد عليهم جميعاً : أن محل الخلاف في صورة الميتة والصيد مقيد بقيدين :

أحدهما : ألاَّ يجد المحرم حلالاً يذبحه ، فإن وجد.. لم تحل الميتة قطعاً ؛ لأنه إن لم يذبحه للمحرم.. فواضح ، وإن ذبحه لأجل المحرم.. فهو حرام على المحرم دون غيره ؛ فتحريمه أسهل من الميتة ، ذكره الشيخ أبو حامد .

ثانيهما : تتعين الميتة قطعاً فيما إذا كان الصيد غير مأكول ؛ كالمتولد بين الذئب والضبع وبين حماري الوحش والإنس.. فإنه يحرم على المحرم التعرض له ، ويجب الجزاء فيه ، ذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وعلله : بأن في قتله إذهاب روحه وإيجاب الفدية على المحرم ، ثم هو حرام علىٰ كل أحد بلا خلاف ، قال : ولم أر من تعرض لذلك . انتهىٰ .

واعلم : أن ما ذكرناه في الصيد للمحرم يجري أيضاً في صيد الحرم ، ذكره في « الكفاية » ، وهو واضح .

---

(١) الحاوي (ص ٦٣٨) .

(٢) المنهاج (ص ٥٤٠) .

(٣) المجموع (٩/٤٥) .

٥٦٢٢ـ قول « الحاوي » عطفاً على المنفي [ص ٦٣٧] : (**وقطع فلذة منه**) تبع فيه « المحرر » فإنه **صحح** فيه تحريم قطع بعضه لا كله[١] ، لكنه قال في « الشرح الصغير » : إن مقابله **أظهر** ، وفي « الكبير » : يشبه أن يكون **أظهر** ، وبه قال الشيخ أبو حامد وغيره[٢] ؛ فلذلك أطلق **تصحيحه** في « أصل الروضة »[٣] ، واستدركه « المنهاج » فقال [ص ٥٤٠] : (**قلت : الأصح : جوازه**) .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : والخلاف مقيد بما إذا لم يكن ذلك المقطوع يجوز قطعه في غير الاضطرار ، فإن كان ؛ كالسلعة واليد المتآكلة حيث جاز قطعها . . فيجوز قطع ذلك في حالة الاضطرار قطعاً ، قال : ويجب تقييد الجواز بما يسد الرمق إلا إذا خاف تلفاً كما سبق ، فيقطع بقدر الحاجة .

قلت : في « أصل الروضة » هنا جعل محل الخلاف فيما إذا كان الخوف في القطع دون الخوف في ترك الأكل ، فإن كان أشد أو استويا . . لم يجز[٤] ، **وصحح** في قطع السلعة عند تساوي الخطرين[٥] الجوازَ ، مع جزمه في المضطر في هٰذه الحالة بالمنع ، وهٰذا ينافي ما قيد به شيخنا رحمه الله موضع الخلاف ، وإن كان المذكور في « الروضة » وأصلها مشكلاً .

٥٦٢٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٠] : (**ومن معصوم**) يفهم منه أن غير المعصوم يجوز للمضطر قطع عضو منه ليأكله ، وهٰذا ممتنع كما صرح به الماوردي في المرتد وقاطع الطريق والزاني المحصن ، وعلله بما فيه من تعذيبه ، قال : فإن أكل لحمه حياً . . كان مسيئاً إن قدر علىٰ قتله ، ومعذوراً إن لم يقدر علىٰ قتله ؛ لشدة الخوف علىٰ نفسه[٦] .

٥٦٢٤ـ قول « الحاوي » [ص ٦٣٣] : (**حلّ الطعام الطاهر**) أورد عليه أمور :

أحدها : أنه لا بد من تقييده بأن يكون من غير مضر ؛ ولذلك قال « التنبيه » [ص ٨٤] : (**وكل طاهر لا ضرر في أكله يحل أكله**) وقال « الحاوي » بعد ذلك [ص ٦٣٦] : (**لا الضار ؛ كالحجر والنبات**) .

وقد أورد بعضهم علىٰ قول « التنبيه » بعده [ص ٨٤] : (**وما ضر أكله ؛ كالسم وغيره . . لا يحل أكله**) أنه يستثنىٰ منه ما ينفع يسيره للدواء ، وكذا من فرض أن أكل السم لا يضره .

وأجيب عنه : بأنه إنما حرم المضر ، فخرج من لا يضره ، وما لا يضره ، وضر به السم مثلاً

---

(١) المحرر (ص ٤٦٩) .
(٢) فتح العزيز (١٢/ ١٦٤) .
(٣) الروضة (٣/ ٢٨٤ ، ٢٨٥) .
(٤) الروضة (٣/ ٢٨٥) .
(٥) في النسخ : (التساوي الخطر) ، ولعل المثبت هو الصواب ، والله أعلم .
(٦) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ١٧٦) .

لا يقتضي أنه يكون مضراً لكل شخص في كل حالة ، بل هو على الأغلب .

ثانيها : استثنى البغوي وغيره من ذلك : المستقذر ؛ كالمخاط والمني ؛ فإنه لا يحل تناوله **على الأصح** ، والآدمي ، وابتلاع الحيوان حيّاً سوى السمك والجراد ، وأورد النووي في « تصحيحيه » الأولىٰ على « التنبيه »[1] ، وأورد غيره الأخيرتين أيضاً عليه ، **والحق** أنه لا يرد شيء منها على « الحاوي » لخروج المستقذر والآدمي بلفظ (الطعام) فإنه لا يسمىٰ طعاماً ، ودلالة قوله بعده : (**وحيوان البحر حيّاً وميتاً**)[2] علىٰ أن حيوان البحر يحل وحيوان البر لا يحل حياً .

ولا على « التنبيه » لأن المستقذر مضر فيدخل في كلامه ، وكذلك الآدمي ؛ ولقوله : (**ولا يحل من الحيوان المأكول شيء من غير ذكاة إلا السمك والجراد**)[3] .

قال في « المهمات » : واستثنى المحاملي في « اللباب » من تحريم المستقذر : الماء المستقذر ؛ كالحاصل من غسل الأيدي عقب الأكل ونحو ذلك ، فقال : وما يستقذر في الغالب فإنه حرام إلا الماء الآجن[4] ، قال في « المهمات » : والظاهر أن العلة في المأكول الاستقذار عارضاً ، بخلاف المخاط ونحوه ، وحينئذ . . فيتعدىٰ إلى المأكول أيضاً كاللحم المنتن ، وقد صرحوا به .

ثالثها : أن مفهومه تحريم النجس ، وبه صرح « التنبيه »[5] ، ويستثنىٰ منه : الدود المتولد من المأكول ؛ كالفاكهة والجبن والخل إذا مات فيه ؛ **فإن الأصح** : أنه يحل أكله معه لا منفرداً ، ولا كراهة في أكل البيض المسلوق بماء نجس كما نقله في « الروضة » عن ابن الصباغ ، وأقره[6] .

٥٦٢٥ـ قول « التنبيه » [ص ٨٤] : (**إلا جلد ما يؤكل إذا مات ودبغ . . فإنه لا يجوز أكله في أحد القولين ، ويجوز في الآخر**) الأول هو القديم ، **وصححه** النووي[7] ، والثاني هو الجديد ، **وصححه** الرافعي[8] ، وعليه مشى « الحاوي »[9] ، وخرج بالمأكول: جلد ما لا يؤكل إذا دبغ . . فإنه لا يحل قطعاً ، وطرد بعضهم فيه الخلاف .

* * *

---

(١) تصحيح التنبيه (١/ ٢٧٢) .
(٢) الحاوي (ص ٦٣٣) .
(٣) التنبيه (ص ٨٢) .
(٤) اللباب (ص ٣٩٠) .
(٥) التنبيه (ص ٨٤) .
(٦) الروضة (٣/ ٢٧٩) .
(٧) انظر « الروضة » (١/ ٤٢) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (١/ ٨٥ ، ٨٦) .
(٩) الحاوي (ص ٦٣٣) .

كتاب المسابقة والمناضلة

٥٦٢٦ـ كذا في « المنهاج »[١] ، وبدأ بذكر حكمين مما يشتركان فيه ، ثم قدَّم المناضلة في أشياء وأخرها في أشياء ، وكان ينبغي [أن يذكر][٢] ما يشتركان فيه ثم يذكر أحكام المسابقة ثم المناضلة ، واقتصر « التنبيه » و« الحاوي » في التبويب على المسابقة[٣] ، وأرادا : ما يشمل المناضلة علىٰ طريق التوسع ، وقد قيل في قوله تعالىٰ : ﴿ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ﴾ أي : ننتضل ، ذكره صاحب « الصحاح »[٤] .

٥٦٢٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤١] : (**هما سنة**) محله : فيما إذا قصد بهما التأهب للجهاد ، ذكره في « أصل الروضة » ، ثم زاد : أنه يكره لمن علم الرمي تركه كراهة شديدة ؛ ففي « صحيح مسلم » عن عقبة بن عامر : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ومن علم الرمي ثم تركه . . فليس منا ، أو قد عصىٰ »[٥] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنهما فرض كفاية ؛ لتعلقهما بالجهاد الذي هو فرض كفاية . انتهىٰ .

وفي « أصل الروضة » عن الصيمري : لا يجوز السبق والرمي من النساء ؛ لأنهن لسن أهلاً للحرب . انتهىٰ[٦] .

ومقتضاه : امتناعه عليهن ولو بغير عوض ؛ ولعله إنما قال ذلك في العقد عليه بعوض .

٥٦٢٨ـ قوله : (**ويحل أخذ عوض عليهما**)[٧] تعبيره هو و« التنبيه » بالعوض[٨] أعم من تعبير « الحاوي » و« المحرر » و« الروضة » بالمال[٩] ، ويستثنىٰ من كلامهم المرأة كما تقدم .

٥٦٢٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤١] و« الحاوي » [ص ٦٣٩] : (**وتصح المناضلة علىٰ سهام**) أعم من تعبير « التنبيه » بالنشاب[١٠] ؛ لاختصاصها فيما قيل بما يرمىٰ به عن القسي الفارسية ، ودخل في

---

(١) المنهاج (ص ٥٤١) .
(٢) في (د) : (استيفاء) .
(٣) التنبيه (ص ١٢٧) ، الحاوي (ص ٦٣٩) .
(٤) الصحاح (٤/ ١٤٩٤) .
(٥) الروضة (١٠/ ٣٥٠) ، وانظر « صحيح مسلم » (١٩١٩) .
(٦) الروضة (١٠/ ٣٥٠) .
(٧) انظر « المنهاج » (ص ٥٤١) .
(٨) التنبيه (ص ١٢٧) .
(٩) المحرر (ص ٤٧٠) ، الحاوي (ص ٦٣٩) ، الروضة (١٠/ ٣٥٠) .
(١٠) التنبيه (ص ١٢٧) .

قول « التنبيه » [ص ١٢٧] : (**وما أشبهها من آلة الحرب**) الرمي بالمسلات والإبر ، ولم يتناول ذلك قول « المنهاج » [ص ٥٤١] : (**وكل نافع في الحرب**) لأنه قال فيه : (**على المذهب**) ولم يحك في « الروضة » وأصلها في العقد على المسلات والإبر خلافاً ، بل جزما بجوازه[(١)] ، ولم يتعرض لهما « الحاوي » .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنما ذكر ذلك الإمام والغزالي[(٢)] ، ولا يعرف لغيرهما ، ولم يتعرض له الشافعي ، ودخول ذلك في لفظ النضل بعيد ، وإن كان له وجه.. فهو في الإبرة أبعد ، قال : والذي يظهر ـ والله أعلم ـ امتناع ذلك في الإبرة وجوازه في المسلة إذا كان يحصل برميتها النكاية الحاصلة من السهم .

٥٦٣٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤١] : (**وكذا مزاريق**)[(٣)] عبر في « التنبيه » بالزانات[(٤)] ، وفسرها في « الكفاية » بها ، وجمع « الحاوي » بينهما[(٥)] ، وكذا في « الروضة » وأصلها[(٦)] ، وذلك يدل علىٰ تغايرهما .

٥٦٣١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤١] : (**ورماح**) تعبيره فيه بالمذهب يقتضي أن فيه طريقين ، وليس كذلك ؛ فليس في « الروضة » وأصلها في الرماح والسيوف غير وجهين[(٧)] .

٥٦٣٢ـ قوله : (**ورميٌ بأحجار**)[(٨)] أحسن من قول « الحاوي » [ص ٦٣٩] : (**والحجر**) لأنه قد يفهم من إطلاقه جواز العقد علىٰ إشالة الحجر باليد ويسمى العلاج ، والأكثر علىٰ خلافه ، فصرح « المنهاج » بأن المراد : الرمي ، وذلك يتناول الرمي باليد وبالمقلاع ، أما مراماتها ؛ بأن يرمي كل واحد الحجر إلىٰ صاحبه.. فباطلة بلا خلاف .

٥٦٣٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤١] : (**وكل نافع في الحرب**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : تمام العبارة أن يقول : ونكايته كنكاية السهام أو كنكاية ما ذُكر ، لكن السهام أصل وما ذُكر بعد (كذا) ملحق بها[(٩)] .

---

(١) فتح العزيز (١٢/ ١٧٥) ، الروضة (١٠/ ٣٥١) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٢٣٣) ، و« الوجيز » (٢/ ٢١٩) .
(٣) **المزراق** : رمح قصير ، وهو أخف من العنزة . انظر « لسان العرب » (١٠/ ١٣٩) .
(٤) التنبيه (ص ١٢٧) ، و**الزانة** : شبه مزراق يرمىٰ بها الديلم ، والجمع : زانات . انظر « المصباح المنير » (١/ ٢٦٠) .
(٥) الحاوي (ص ٦٣٩) .
(٦) فتح العزيز (١٢/ ١٧٥) ، الروضة (١٠/ ٣٥١) .
(٧) فتح العزيز (١٢/ ١٧٧ ، ١٧٨) ، الروضة (١٠/ ٣٥١) .
(٨) انظر « المنهاج » (ص ٥٤١) .
(٩) عبارة « المنهاج » : (وتصح المناضلة علىٰ سهام ، وكذا مزاريق ورماح ورمي بأحجار ومنجنيق) فالأصل في المناضلة السهام ، والمذكور بعد قوله : (كذا) ملحق بالسهام .

٥٦٣٤ـ قوله : (**لا علىٰ بندق**)[١] تبع الرافعي فيه البغوي[٢] ، وفي « الكفاية » : أنه لا خلاف فيه ، لكن قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأرجح** : جوازه ، وحكاه عن الماوردي[٣] ، ثم أورد علىٰ نفسه حديث عبد الله بن مغفل : (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن الخذف)[٤] ، ثم أجاب عنه : بأن الخذف : الرمي بحصاة ونحوها بين الإصبعين ؛ ولا تحصل به نكاية في العدو ، بخلاف رمي البندق بالقوس ؛ فإن فيه نكاية كنكاية المسلة ، **فيرجح** فيه الجواز .

٥٦٣٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤١] : (**وتصح المسابقة علىٰ خيل**) لم يذكر تبعاً لأصله الإبل ، وقد ذكرها « التنبيه » و« الحاوي »[٥] ، ولا خلاف فيها ، وأورد شيخنا في « تصحيح المنهاج » علىٰ إطلاقهم الخيل : أن محله فيما تعتاد المسابقة به ، فغيره لا يظهر بالمسابقة عليه فروسية.. فلا يجوز أخذ السبق عليه ، وفي زيادة « الروضة » : عن الدارمي وجهان في أنها تختص بما يسهم له ، وهو الجذع أو الثني أو نطرده في الصغير أيضاً[٦] .

٥٦٣٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٧] : (**وفي الفيل وجهان**) **الأصح** : جوازه ، وعليه مشى « الحاوي » و« المنهاج » إلا إنه عبر فيه **بالأظهر**[٧] .. فاقتضىٰ أن الخلاف فيه قولان ، وكذا في « المحرر »[٨] ، والذي ذكره الرافعي في « الشرح » أنه وجهان ، ويقال : قولان[٩] ، وعبر في « الروضة » بالمذهب[١٠] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : نصوص الشافعي في « الأم » و« المختصر » تقتضي منع المسابقة عليه[١١] ، وهو **الأظهر** ، وقال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب : إنه **ظاهر المذهب** ، وحكاه المحاملي عن عامة أصحابنا .

قلت : وحكاه سليم في فروعه عن أكثرهم .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٤١) .
(٢) انظر « التهذيب » (٨/٧٦) ، و« فتح العزيز » (١٢/١٧٧) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/١٨٦) .
(٤) أخرجه البخاري (٥١٦٢) ، ومسلم (١٩٥٤) .
(٥) التنبيه (ص ١٢٧) ، الحاوي (ص ٦٣٩) .
(٦) الروضة (١٠/٣٥٢) .
(٧) الحاوي (ص ٦٣٩) ، المنهاج (ص ٥٤١) .
(٨) المحرر (ص ٤٧٠) .
(٩) فتح العزيز (١٢/١٧٤) .
(١٠) الروضة (١٠/٣٥٠) .
(١١) الأم (٤/٢٢٩ ، ٢٣٠) ، مختصر المزني (ص ٢٨٧) .

٥٦٣٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٧] : (**وفي الحمار والبغل قولان**) **الأظهر** : جوازه ، وعليه مشى « المنهاج »[١] ، وهو داخل في تعبير « الحاوي » بالدابة[٢] .

٥٦٣٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٧] : (**ولا تجوز المسابقة بين الجنسين كالخيل والإبل**) وقول « الحاوي » [ص ٦٣٩] : (**المسابقة في جنس**) يستثنىٰ منه : البغل والحمار . . **فالأصح** : جواز المسابقة بينهما ، ومقتضىٰ إيراد « الكفاية » : **ترجيح** المنع ، ومفهوم « الحاوي » : جواز المسابقة بين مختلفي النوع ، وصرح به « التنبيه » ، وقال أبو إسحاق : إن تفاوت نوعان ؛ كالعتيق والهجين من الخيل ، والنجيب والبختي من الإبل . . لم يجز ، قال الرافعي : وهـٰذا ينبغي أن يكون **أرجح** ، وإن كان الجواز **أشهر**[٣] .

قال النووي : قول الأكثرين محمول علىٰ ما إذا لم يقطع بسبقه ، فقول أبي إسحاق ضعيف إن لم يُرد به هـٰذا ، فإن أراده . . ارتفع الخلاف[٤] .

٥٦٣٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٧] : (**وفي الصُراع** ـ أي : وهو بضم الصاد كما في « الكفاية » ـ **وجهان**) **الأصح** : المنع ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٥٤١] : (**لا طير وصراع في الأصح**) ولا يخفىٰ أن الخلاف مع العوض ، ويجوز بدونه قطعاً .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : نص الشافعي في « الأم » علىٰ ذلك ؛ فلا ينبغي التعبير عنه **بالأصح** .

٥٦٤٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٧] : (**المسابقة علىٰ عوض كالإجارة في أحد القولين**) **هو الأظهر** ، وعليه يدل قول « التنبيه » بعد ذلك [ص ١٢٨] : (**إنه لو مات أحد الراكبين . . قام وارثه مقامه ، وإن لم يكن له وارث . . استأجر الحاكم**) ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٥٤١] : (**الأظهر : أن عقدهما لازم**) ، وعليه يدل قول « الحاوي » [ص ٦٤١] : (**وجائزة للمحلِّل**) وهو وارد علىٰ إطلاقهما .

ويرد على « التنبيه » أن مقتضى التشبيه بالإجارة أنه يجب على الملتزم للمال من المتسابقين تسلميه لصاحبه قبل المسابقة كالأجرة في عقد الإجارة المطلق ، وليس كذلك ؛ لخطر شأن المسابقة ، ولا يرد ذلك على « المنهاج » و« الحاوي » .

٥٦٤١ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٧] : (**تصح ممن تصح منه الإجارة**) يستثنىٰ منه المرأة كما تقدم

---

(١) المنهاج (ص ٥٤١) .
(٢) الحاوي (ص ٦٣٩) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ١٨٦) .
(٤) انظر « الروضة » (١٠/ ٣٥٧) .

عن الصيمري[1] ، وذكره شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » عاطفاً علىٰ ما عبر فيه **بالأصح**[2] ؛ فاقتضىٰ خلافاً فيه .

٥٦٤٢ـ قولهما : (**فليس لأحدهما فسخه**)[3] محله فيما إذا كان بغير سبب ، فلو ظهر بالعوض المعين عيب . . فله الفسخ .

٥٦٤٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٧] : (**ولا الامتناع من إتمامها**) و« المنهاج » [ص ٥٤١] : (**ولا ترك العمل قبل شروع وبعده**) محله فيما إذا كان منضولاً أو ناضلاً وأمكن أن يدركه صاحبه ويسبقه ، أما إذا لم يمكن . . فله الامتناع ؛ لأنه ترك حق نفسه .

٥٦٤٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤١] : (**ولا زيادةٌ ونقصٌ فيه ، ولا في مال**) أكثر فائدة من قول « التنبيه » [ص ١٢٧] : (**ولا الزيادة فيها**) وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : في الزيادة والنقص في العمل هو بالنسبة لمن التزم المال من المتعاقدين ، فأما غيره . . فيجوز له ذلك إذا طلبه ورضي به الملتزم ، ثم قال : فإن قيل : الملتزم قد لزم العقد في حقه ، فلا ينبغي أن يجوز فيه زيادة في العمل ولا نقص ؛ كالمكاتب ليس له النقص من المال ولا الزيادة فيه وإن رضي السيد ، مع أن العقد في حقه جائز ، ثم قال : قلنا : ذاك بالنسبة إلى المال ونحن نقول به ، أما بالنسبة إلى العمل زيادة ونقصاً . . فلا يمنع بالتراضي علىٰ هٰذا ، قال : ولم أر من تعرض له .

٥٦٤٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٧] : (**ويجوز أخذ الرهن والضمين فيها**) محله : فيما إذا كان العوض في الذمة ، فإن كان عيناً . . لم يصح الرهن بها كما هو مذكور في الرهن ، وأما الضمان ؛ فإن التزم الضامن تسليم العوض وهو في يد باذله . . صح **على الصحيح** ، وهو كالخلاف في كفالة البدن ، وإن ضمن قيمتها لو تلفت . . لم يصح **في الأصح** ، وذلك معروف في (باب الضمان) .

٥٦٤٦ـ قوله : (**ولا تجوز إلا علىٰ مسافة معلومة الابتداء والانتهاء**)[4] و« الحاوي » [ص ٦٤١] : (**وعِلْم المبدأ والغاية**) أوضح من قول « المنهاج » [ص ٥٤١] : (**عِلْم الموقف والغاية**) فإن لفظ الموقف مجمل وإن كان مراده به : المكان الذي يقفان عنده ليبتدأ منه ، وقد يرد عليهم ما لو شرطا غاية وقالا : (إن لم يتفق السبق عندها . . فإلىٰ غاية أخرىٰ عيناها) . . فإنه يجوز **في الأصح** ، وقد يحمل الانتهاء في عبارة « التنبيه » والغاية في عبارة « المنهاج » و« الحاوي » على الجنس دون التوحيد ، ويشترط تساويهما فيهما ؛ أي : في المبدأ والغاية ، فلا يجعل لأحدهما مبدأ وللآخر

---

(١) انظر « الروضة » (١٠/ ٣٥٠) .

(٢) تذكرة النبيه (٣/ ١٩٦) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٢٧) ، و« المنهاج » (ص ٥٤١) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٢٧) .

غيره ، ولا لأحدهما غاية وللآخر غيرها ، وقد ذكره « المنهاج »[1] .

٥٦٤٧ـ قوله : (**وتعيين الفرسين**)[2] يرد عليه أن **الأصح** : أنه يكفي وصفها ؛ ولهٰذا قال « الحاوي » [ص ٦٤٠ ، ٦٤١] : (**وتعيين المركب أو وصفه**) ، وتناولهما قول « التنبيه » [ص ١٢٧] : (**ولا تجوز إلا علىٰ فرسين معروفين**) فإن المعرفة تحصل بالوصف ، بخلاف التعيين ، وقول شيخنا ابن النقيب في قول « المنهاج » : (**وتعيين الفرسين**) : أي : ولو بالوصف[3] تكلف وتحمل للفظ ما لا يحتمله .

٥٦٤٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤١] : (**وإمكان سبق كل واحد**) لا يكفي مجرد الإمكان ، بل لابد أن يكون غير نادر ؛ ولذلك قال « الحاوي » عطفاً على المنفي [ص ٦٤٠] : (**وندور سبق أحد**) قد يفهم ذلك من اعتبار « التنبيه » و« المنهاج » في فرس المحلل أن يكون كفؤاً لفرسيهما ؛ فإنه يفهم اعتبار التكافؤ في فرسيهما ، وإنما يحصل التكافؤ بما ذكرناه ، فإذا قطع بسبق فرس أحدهما أو فرس المحلل أو بتخلفه . . لم يصح ، كذا أطلقوه ، وقال الإمام : إن أخرج المال أحدهما وكان يقطع بسبقه . . فهٰذه مسابقة بلا مال ، أو بتخلفه . . صح في **الأصح** ، وكأنه قال لغيره : ارم كذا ، فإن أصبت منه كذا . . فلك كذا ، وإن أخرجاه والمحلل قطعي التخلف . . فكالعدم ؛ فيبطل ، أو السبق . . فالوجهان[4] .

قال الرافعي : وهو تفصيل حسن[5] ، وتعقبه شيخنا في « تصحيح المنهاج » : بأنه إذا قطع بتخلف المخرج للمال أو بسبق المحلل . . لم تظهر الفروسية المقصودة بالعقد ؛ فيبطل ، وليس كقوله : إن أصبت كذا ؛ فإن في ذلك تحريضاً له على الإصابة ، قال : **فالأظهر** عندنا : ما أطلقة الأصحاب .

تَنْبِيهٌ

[في بقية شروط المسابقة]

أهملوا من الشروط : كون المسافة بحيث يمكن الفرسين قطعها بدون انقطاع وتعب ، وإلا . . فالعقد باطل ، وأن يتسابقا على الدابتين ، فلو شرطا إرسالهما ليجريا بأنفسهما . . لم يصح ،

---

(١) المنهاج (ص ٥٤١) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٤١) .
(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/١١٦) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٨/٢٨٣ ، ٢٨٤) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٢/١٨٦) .

ذكرهما في « أصل الروضة »[1] ، والثاني منهما مفهوم من قول « التنبيه » [ص ١٢٨] : (**وإن مات أحد الراكبين . . قام وارثه مقامه ، فإن لم يكن له وارث . . استأجر الحاكم من يقوم مقامه**) .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ومقتضى القواعد : أن مخرج المال لا بد أن يكون مطلق التصرف ، ويجوز كون الذي لم يخرج سفيهاً ؛ لأنه إما آخذ لمال وإما غير غارم ، والأرجح : اعتبار إسلام المتعاقدين ؛ لأن هـٰذا العقد أبيح للمسلمين ليتقووا علىٰ جهاد الكفار ، ولم أر من تعرض له . انتهىٰ .

٥٦٤٩ـ قولهم : (**إنه يجوز للإمام إخراج عوض المسابقة من مال بيت المال**)[2] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محله مال المصالح دون غيره ، قال : والأرجح : اعتبار أن يقول الإمام ذلك في العقد ، ولا يكفي الإطلاق .

٥٦٥٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٢] : (**وإن جاء أحدهما ثم المحلِّل ثم الآخر . . فمال الآخر للأول في الأصح**) كان ينبغي أن يقول : (على النص) فإنه منصوص الشافعي في « الأم » و« المختصر » إذ فيهما : (وإن سبق أحدهما المحلل . . أحرز السابق ماله وأخذ مال صاحبه)[3] .

٥٦٥١ـ قوله : (**وإن تسابق ثلاثة فصاعداً وشُرط للثاني مثل الأول . . فسد**)[4] تبع فيه « المحرر »[5] ، لكن الأصح في « الروضة » و« الشرحين » : الصحة ، وعليه مشى « التنبيه » فقال [ص ١٢٧] : (**وإن كانوا ثلاثة فشرط لاثنين دون الثالث ، أو أربعة فشرط لثلاثة دون الرابع . . جاز**) وقول شيخنا ابن النقيب : إن في « التنبيه » مثل ما في « المنهاج »[6] وهم .

فإن قلت : لعله حمله علىٰ ما إذا شرط للثاني دون الأول ؛ فإنه لم يصرح بأنه شرط للثاني مثل الأول كما فعل « المنهاج » .

قلت : عبارته أعم من ذلك ، فلا يجوز تخصيصها بغير دليل ، والعجب أن النشائي في « نكته » لم يذكر في ذلك إلا قول « التنبيه » [ص ١٢٧] : (**وإن شرط للجميع وسوىٰ بينهم . . لم يجز**) وقال : هـٰذا في الفسكل[7] واضح ، وأما مساواة المجلي للسابق[8] . . فوقع لـ« المحرر » منعه كما أطلقه

---

(١) الروضة (١٠/٣٥٨) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٢٧) ، و« الحاوي » (ص ٦٣٩) ، و« المنهاج » (ص ٥٤١) .
(٣) الأم (٤/٢٣٠) ، مختصر المزني (ص ٢٨٧) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥٤٢) .
(٥) المحرر (ص ٤٧١) .
(٦) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » ص (٨/١١٨) .
(٧) **الفِسْكِل** بكسر الفاء والكاف : الذي يجيء آخر الخيل . انظر «مختار الصحاح» (ص ٢١١) ، و«لسان العرب» (١١/٥١٩).
(٨) يقال للسابق الأول من الخيل : المجلي . انظر « لسان العرب » (١٤/٤٦٧) .

الشيخ[1] ، وأهمل قول « التنبيه » قبله [ص ١٢٧] : (**وإن كانوا ثلاثة فشرط لاثنين دون الثالث. . . إلىٰ آخره**) ثم لو لم يكن إلا كلام « التنبيه » الأخير . . لم يكن مساوياً لما في « المحرر » لأنه إذا لم يشرط للفسكل شيئاً أو شرط له دون ما شرطه لمن قبله . . لم يتناوله .

٥٦٥٢ـ قوله : (**وإن شرط للجميع وسوىٰ بينهم**)[2] وكذا اقتصر في « التوشيح » علىٰ كلام « التنبيه » الثاني ، وقال : الشرط لاثنين دون الثالث ، أو ثلاثة دون الرابع ليس شرطاً للجميع ، وعلىٰ موافقة « الروضة » وغيرها جرى « الحاوي » فقال [ص ٦٣٩] : (**يفضل الفسكل**) فلم يشترط سوىٰ كون الفسكل ـ أي : الأخير ـ مفضولاً[3] ، وذلك يصدق بالتسوية بين جميع من قبله ، وهو ظاهر نص « الأم » و« المختصر » حيث قال : (فيجعل للسابق شيئاً معلوماً ، وإن شاء جعل للمصلي[4] والثالث والرابع ومن يليه بقدر ما رأىٰ) .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **المعتمد** عندنا : أنه يفسد من المسمىٰ للثاني بحيث يحصل له من المسمىٰ ما يسمىٰ للثاني غالباً ناقصاً عن الذي للأول ، فلا يطلق الفساد كما أطلقه « المنهاج » ، ولا الصحة كما في « الروضة » فإن جواز التسوية يؤدي إلىٰ أن كلاً منهما لا يجهد علىٰ أن يسبق فيفوت المقصود ، ولم يفسد العقد كله ؛ لأن الصفقة يمكن تفريقها بخلاف العرايا إذا عقد علىٰ خمسة أوسق ، ثم استشهد بأن **الأصح** في المسابقة الفاسدة : استحقاق السابق ما يتسابق بمثله في تلك المسابقة غالباً ، ثم أوّل النص المتقدم : بأن قوله : (ما رأىٰ) أي : علىٰ وجه يحرض على الحرص على السبق ، قال : وإنما يحصل ذلك بتفضيل كل سابق علىٰ مسبوقه . انتهىٰ .

وقال النشائي : ظني أن ما في « المحرر » سبق قلم[5] ، واقتصر شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » عليه[6] ، وكان ينبغي أن يذكر معه **تصحيح** « الروضة » أيضاً ؛ فقد عرفت **أنه المعتمد** .

٥٦٥٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٧ ، ١٢٨] : (**وإن شرط للجميع وسوىٰ بينهم . . لم يجز ، وإن فاضل فجعل للسابق عشرة وللمجلي تسعة وللمصلي ثمانية . . فقد قيل : يجوز ، وقيل : لا يجوز**) **الأصح** : الجواز ، وعليه يدل قول « الحاوي » [ص ٦٣٩] : (**يفضل الفسكل**) فإنه يدل علىٰ أنه

---

(١) نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه (ق ١١٧) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٢٧) .

(٣) الروضة (١٠/ ٣٥٣) .

(٤) المصلي : تالي السابق ، يقال : صلى الفرس ، إذا جاء مصلياً وهو الذي يتلو السابق ؛ لأن رأسه عند صلاه ؛ أي : مغرز ذنبه . انظر « مختار الصحاح » (ص ١٥٤) .

(٥) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١١٧) .

(٦) تذكرة النبيه (٣/ ١٩٩) .

يجوز أن يشرط له أيضاً لكن دون من قبله ، وقال النووي في « التحرير » : يقع في أكثر النسخ : للسابق عشرة وللمصلي تسعة وللمجلي ثمانية ، وفيما ضبطناه عن نسخة المصنف : للمجلي تسعة وللمصلي ثمانية وكلاهما خلاف المعروف في اللغة وكتب الفقه ، وهو أن المجلي هو السابق ، والمصلي الثاني والثالث التالي . . . إلىٰ آخره . انتهىٰ[١] .

وأجيب عن « التنبيه » : بأن ما ذكره من كون المجلي ثانياً والمصلي ثالثاً هو ما ذكره الثعالبي في « فقه اللغة »[٢] فلا اعتراض عليه إذاً .

٥٦٥٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٨] : (**والسبق في الخيل إذا استوت أعناقها : أن يسبق أحدهما بجزء من الرأس من الأُذُن وغيره ، وإن اختلفا في طول العنق أو كان ذلك في الإبل . . اعتبر السبق بالكاهل**) فيه أمور :

أحدها : أن **الأصح** في الخيل : اعتبار العنق استوت أعناقها أو اختلفت ، وعليه مشى « المهذب » و« المنهاج » و« الحاوي »[٣] ، قالوا : فإن استوى الفرسان في طول العنق ؛ فمن سبق ببعض العنق . . فهو السابق ، وإن اختلفا ؛ فإن سبق الأقصر عنقاً أو الأطول بأكثر من قدر الزيادة . . فهو السابق ، وإلا . . فلا ، واستدركه النووي في « تصحيحه » بلفظ **الصواب**[٤] ، فاقتضىٰ عدم الخلاف فيه ، لكن نقل ابن الرفعة عن ابن الصباغ في « الشامل » : أنه جزم بما في « التنبيه » ، قال : وذكر الإمام في « النهاية » ما يقتضيه[٥] .

وحمل شيخنا في « تصحيح المنهاج » اعتبارهم العنق في الخيل علىٰ ما إذا لم ترفع أعناقها عند العدو ، فإن رفعت أعناقها عند العدو . . فالاعتبار في سبقها بالكتد ، واستشهد علىٰ ذلك : بأنه في « الروضة » وأصلها فرق بين الإبل والخيل ؛ بأن الإبل ترفع أعناقها في العدو ، فلا يمكن اعتباره ، والخيل تمدها[٦] ، ومقتضاه : ما ذكرناه ، وجعله بعد ذلك هٰذا التفصيل وجهاً ضعيفاً لا يلائم هٰذا الفرق ، ووقع في « تصحيح » شيخنا الإسنوي : أن **الأصح** في « الروضة » في الخيل عند اختلاف العنق : اعتباره بالرأس ، كذا رأيته بخطه ، وهو سبق قلم نبهت عليه ؛ لئلا يغتر به ، ويدل أنه سبق قلم قوله : بالرأس أيضاً ؛ فإن المذكور قبله : العنق ، فأراد أن يقول : بالعنق أيضاً ، فسبق قلمه[٧] .

---

(١) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٢٦) .

(٢) فقه اللغة (ص ٢٢٥) ، ونقل الثعالبي عن الجاحظ والفراء : أن أولها السابق ثم المصلي ، ولم يذكر المجلي .

(٣) المهذب (١/٤١٧) ، الحاوي (ص ٦٣٩) ، المنهاج (ص ٥٤٢) .

(٤) تصحيح التنبيه (١/٣٩١) .

(٥) نهاية المطلب (١٨/٢٤٩) .

(٦) فتح العزيز (١٢/١٨٧) ، الروضة (١٠/٣٥٩) .

(٧) تذكرة النبيه (٣/٢٠٠) وفيه : (بالعنق أيضاً) .

ثانيها : قال في « التحرير » : قد ينكر على « التنبيه » جَعْله الأذن من الرأس ؛ فإن مذهبنا أنه عضو مستقل[١] ، ويجاب : بأنه مجاوزة للمجاورة وكونها في تدوير الرأس .

ثالثها : أنه اعتبر في الإبل السبق بالكاهل ، وفي « المنهاج » [ص ٥٤٢] : (**بالكتف**) وفي « الحاوي » و« الروضة » وأصلها : (**بالكتَد**)[٢] وهو بفتح التاء **على الأشهر** ، وهي عبارة « الأم » و« المختصر »[٣] ، فقال الشيخ أبو حامد وغيره : إنه الكاهل ؛ فلذلك عبَّر به « التنبيه » ، وذكر البغوي : أنه الكتف[٤] ، وهو محكي عن الربيع ؛ فلذلك عبر به « المنهاج » ، لكن قال الجوهري : إن الكتد : ما بين الكاهل إلى الظهر[٥] ، فعلىٰ هـٰذا لا يصح التعبير عنه بواحد منهما .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » بعد ذكره أن المحكي عن الجوهري هو المشهور ، وعلىٰ هـٰذا : فحيث اعتبرنا الكتد . . لا يكتفىٰ بالكتف ؛ لأن أول الكتف قبل أول الكاهل الذي هو مجمع الكتفين ؛ لأن الكتف له دورة يتسع بها ، وعند اجتماع الكتفين في الأعلىٰ لا يكون ذلك الاتساع موجوداً ؛ فالاعتبار بالكتف غير معتمد . انتهىٰ .

رابعها : مقتضىٰ إطلاقهم : أنه لا فرق في اعتبار الكتد في الإبل بين الإطلاق وغيره ، حتىٰ لو شُرط غيره . . لبطل العقد ، لكن في زيادة « الروضة » : أن المسألة فيما إذا أطلقا[٦] ، وكذا في « المهذب »[٧] .

٥٦٥٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٢] : (**وقيل : بالقوائم فيهما**) أي : في الإبل والخيل ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : يقتضي أن السبق بالقوائم مغاير لما سبق ، وفي « أصل الروضة » : وأما الكتد مع القدم . . فقد فرق بينهما فارقون ، وأقام أحدهما مقام الآخر آخرون ، وأشار الفريقان إلىٰ أنه لا فرق بين الاعتبار بهما ولا خلاف ؛ لأنهما قريبان من التحاذي ، لكن بينهما مع التقارب تفاوت ، ولا يبعد أن يجعل اعتبار القدم وراء اعتبار الكتد والهادي[٨] ، قال شيخنا : وقوله : (ولا يبعد . . . إلىٰ آخره) ممنوع ؛ فإنه إذا كان الحال في الجميع متحداً . . لم يستقم ما قاله ، وقد ذكر الإمام أن عند الاستواء ومد العنق في العدو . . يكون السابق بالهادي سابقاً

---

(١) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٢٧) .

(٢) فتح العزيز (١٢/ ١٨٨) ، الروضة (١٠/ ٣٥٩) ، الحاوي (ص ٦٣٩) .

(٣) الأم (٤/ ٢٣٠) ، مختصر المزني (ص ٢٨٧) .

(٤) انظر « التهذيب » (٨/ ٨١) .

(٥) انظر « الصحاح » (٢/ ٥٣٠) .

(٦) الروضة (١٠/ ٣٦٠) .

(٧) المهذب (١/ ٤١٧) .

(٨) الروضة (١٠/ ٣٦٠) .

بمواقع السنابك وحينئذ يرتفع الخلاف ، وقال الإمام : وكان شيخي يقطع بأن الاعتبار في التساوي في الابتداء بالأقدام لا غير ، وإنما التردد في الآخر ، وهـٰذا حسن متجه لا يجوز غيره ؛ فإنا إن اعتبرنا السبق بالعنق من جهة استحباب مد الفرس عنقه . . فهـٰذا لا يتحقق في ابتداء الموقف[1] .

٥٦٥٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٢] : (**ويشترط للمناضلة بيان أن الرمي مبادرةٌ أو مُحَاطَّةٌ**) مثل قول « التنبيه » [ص ١٢٨] : (**وأن يعلم أن الرمي محاطة أو مبادرة أو مناضلة**) إلا أنه لم يذكر المناضلة ، وسيأتي الكلام عليها ، لكن صحح في « الشرح الصغير » و« أصل الروضة » : عدم الاشتراط ، فإن أطلقا . . حمل على المبادرة[2] ، وحكاه في « الشرح الكبير » عن البغوي فقط[3] ، وهو مفهوم من كون « الحاوي » لم يشترط ذلك ، وتبع البغوي فيه الخوارزمي في « الكافي » ، وممن قال بالاشتراط الفوراني والغزالي في « الخلاصة »[4] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : المعتمد أنه إن كان للرماة عُرف في ذلك . . نزل الإطلاق عليه ، وإلا . . فلا بد من التعيين ، وعبارة النص في « الأم » و« المختصر » : (وجائز أن يشترطا في ذلك محاطة أو مبادرة)[5] وهو دال علىٰ أنه يشترط تعيين واحد منهما ، وإنما أخرجنا حالة العرف المعتاد ؛ لأن ذلك ينزل منزلة الشرط ، وجزم الماوردي بفساد العقد إذا لم يكن لهم عرف ، وحكى الوجهين فيما إذا كان لهم عرف[6] ، وأطلق الشيخ أبو حامد ومن تبعه الوجهين .

٥٦٥٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٨] : (**والمبادرة : أن يشترط إصابة عشرة من عشرين فيبدر أحدهما إلىٰ إصابة العشرة فينضل صاحبه**) لا يخفىٰ أنه مثال ، وضابطه قول « المنهاج » [ص ٥٤٢] : (**وهي : أن يبدر أحدهما بإصابة العدد المشروط**) ولا بد مع ذلك من استوائهما في العدد المرمىٰ به ، فلو رمىٰ أحدهما في مثال « التنبيه » عشرين فأصاب عشرة ، والآخر تسعة عشر فأصاب تسعة . . فالأول غير ناضل الآن حتىٰ يرمي الآخر سهمه ، فإن أصابه . . فلا ناضل ، وإلا . . فالأول ناضل ، فهـٰذا القيد احتراز من نحو هـٰذه الصورة ، واقتصر « المنهاج » علىٰ ذكر العدد المشروط إصابته ، والمذهب : أنه لا بد من ذكر عدد الرمي في العقد في المحاطة والمبادرة ؛ ليكون للعمل ضبط ، وقد أشار إليه « التنبيه » بقوله [ص ١٢٨] : (**من عشرين**) ، وصرح به قبل ذلك فقال : (**ولا**

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٨/٢٤٩ ، ٢٥٠ ، ٢٥١) .

(٢) الروضة (١٠/٣٦٨) .

(٣) فتح العزيز (١٢/٢٠١) ، وانظر « التهذيب » (٨/٨٦ ، ٨٧) .

(٤) الخلاصة (ص ٦٥٤) .

(٥) الأم (٤/٢٣١) ، مختصر المزني (ص ٢٨٧) .

(٦) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/٢٠٣ ، ٢٠٤) .

يجوز إلا علىٰ عدد من الرشق معلوم ، وأن يكون عدد الإصابة معلوماً)[1] ويستثنىٰ من كلامه : ما لو تناضلا علىٰ رمية واحدة وشرطا المال لمصيبها . . فإنه يصح **على الأصح** مع أن الواحد ليس بعدد .

٥٦٥٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٨] : (**فالمحاطة : أن يحط أكثرهما إصابة من عدد الآخر ، فيفضل له عدد معلوم يتفقان عليه ، فينضله به**) في عبارته قلق : وتقريرها : أن (من) في كلامه بمعنىٰ عوض ؛ كقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَوْ نَشَآءُ لَجَعَلْنَا مِنكُم مَّلَٰٓئِكَةً ﴾ أي : عوضكم ، ومعناه : يسقط أكثرهما إصابة من إصابته مثل عدد إصابات الآخر ، فتعبير « المنهاج » عن ذلك بقوله [ص ٥٤٢] : (**وهي : أن تقابَل إصابتهما ويطرح المشترك ، فمن زاد بعدد كذا . . فناضل**) أوضح قال شيخنا ابن النقيب : وأورد بعضهم هنا أسئلة :

الأول : لو أصاب أحدهما من العشرين خمسة ولم يصب الآخر شيئاً . . فهل ينضل مع أنه لا تقابل ولا طرح لعدم الاشتراك ؟ إن قيل : نعم . . انتقض حد المحاطة ، وإلا . . احتاج إلىٰ نقل .

الثاني : لو شرطا النضل بواحد بعد الطرح . . فهل هي من صور المحاطة أم لا ؛ لأن الواحد ليس بعدد وهو كالأول ؟ .

الثالث : لو شرطا بعد طرح المشترك نضل شيء من غير تعيين . . هل يجوز ويكون محاطة ؟ فيه ما تقدم[2] .

٥٦٥٩ـ قول « الحاوي » [ص ٦٤٣] : (**وإن أصاب المشروط في المحاطة . . يُتم**) يرد عليه نحو ما لو شرطا عشرين وشقاً علىٰ أن من زادت إصاباته علىٰ إصابات الآخر بخمسة فهو ناضل ، فرمىٰ أحدهما خمسة عشر فأصابها ورمى الآخر خمسة عشر فأصاب منها خمسة . . فالأول ناضل ، ولا يكلف تمام الرمي **في الأصح** ؛ لعدم فائدته .

٥٦٦٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٨] : (**والمناضلة : أن يشترط إصابة عشرة من عشرين علىٰ أن يستوفيا جميعاً ، فيرميان معاً جميع ذلك ، فإن أصاب كل واحد منهما العشرة أو أكثر أو أقل . . أحرز أسبقهما ، وإن أصاب أحدهما دون العشرة وأصاب الآخر العشرة أو فوقها . . فقد نضله**) قال في « التحرير » : كذا في النسخ قوله : (**فيرميان**) بالنون ، والوجه حذفها ؛ لعطفه علىٰ (يستوفيا)[3] ، ولم يرد في « الكفاية » علىٰ كلام « التنبيه » شيئاً ، ولم يذكر هٰذه الصورة في « المهذب » ، بل ذكر بدلها الحوابي[4] .

---

(١) التنبيه (ص ١٢٨) .

(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ١٢١) .

(٣) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٢٩) .

(٤) المهذب (١/ ٤٢٠) .

قال شيخنا ابن النقيب : ولم أرها في غيره أيضاً . انتهىٰ[1] .

وعلىٰ هـٰذا : لفظ المناضلة مشترك بين الجنس وهـٰذا النوع ، وذكر بعضهم : أن صوابه : مفاضلة بالفاء ، وذكره كذلك ابن قدامة الحنبلي في « المغني »[2] ، وفي « أصل الروضة » بعد هـٰذا الموضع بكثير عن كثير من الأصحاب : أن الرمي ثلاثة : المبادرة ، والمحاطة ، والحوابي ، وهي : أن يشرطا أن الأقرب والأسد يسقط الأبعد ، فإن ذكر أحد القرب ؛ كذراع مثلاً . . صح ، وإلا . . حمل علىٰ عادة الرماة فيه ، فإن لم يكن . . بطل العقد في **الأصح**[3] .

٥٦٦١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٢] : (**وبيَانُ عدد نوب الرمي**) و« الحاوي » [ص ٦٤٠] : (**والنوب**) أي : أيرميان سهماً سهماً ، أو خمسة خمسة ، أو ما يتفقان عليه ، كذا في « أصل الروضة » اشتراط بيان ذلك ، لكنه قال في آخر كلامه : والإطلاق محمول علىٰ سهم سهم . انتهىٰ[4] .

وهو يقتضي أنه لا يشترط بيان ذلك ، بل إن شُرط . . اتبع ، وإلا . . حمل علىٰ سهم سهم ، وعليه مشى « التنبيه » فقال [ص ١٢٨ ، ١٢٩] : (**ويرميان سهماً سهماً ، وإن شرط أن يرمي أحدهما بجميع سهامه . . حملا على الشرط**) .

واعلم : أن اتفاقهما علىٰ سهم سهم لا تتناوله عبارة « المنهاج » لما علم أن الواحد ليس بعدد ، بخلاف عبارة « الحاوي » فإنه لم يذكر لفظ العدد .

٥٦٦٢ـ قولهم ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**وأن يكون عدد الإصابة معلوماً**)[5] شرطه : أن لا يكون نادراً ؛ ولهـٰذا عقبه « التنبيه » بقوله [ص ١٢٨] : (**فإن شرط إصابة تسعة أو عشرة من عشرة . . لم يجز في أصح القولين**) وادعىٰ في « المهمات » أن الرافعي والنووي سكتا علىٰ تسعة من عشرة ، وليس كذلك ؛ فهي داخلة في قولهما : ولو شرط ما يمكن حصوله نادراً . . فوجهان ، ويقال : قولان ، **أصحهما** : الفساد[6] ، قال في « أصل الروضة » : وإن شرط ما هو متيقن في العادة ؛ كإصابة الحاذق واحداً من مئة . . ففي صحة العقد وجهان ، وجه المنع أن هـٰذا العقد ينبغي أن يكون فيه خطر ؛ ليتأنق الرامي في الإصابة ، ولم يذكر الوجه الآخر[7] ؛ لسقط وقع في الرافعي

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ١٢٢) .
(٢) المغني (٩/ ٣٧٦) .
(٣) الروضة (١٠/ ٣٨١) .
(٤) الروضة (١٠/ ٣٦٨) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٢٨) ، و« الحاوي » (ص ٦٤١) ، و« المنهاج » (ص ٥٤٢) .
(٦) فتح العزيز (١٢/ ١٩٨) ، الروضة (١٠/ ٣٦٥ ، ٣٦٦) .
(٧) الروضة (١٠/ ٣٦٥) .

« الكبير »[1] ، وهو في « الصغير » ، قال فيه : **والأصح** عند جماعة منهم صاحب الكتاب : أنه يصح ليتعلم الرمي بمشاهدة رميه ، **وصحح** ابن الرفعة في « الكفاية » وشيخنا في « تصحيح المنهاج » مقابله ؛ لأن هـٰذا العقد إنما شرع للتحريض علىٰ تحصيل الإصابة .

٥٦٦٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٨] : (**وأن يكون مدى العرض معلوماً**) و« المنهاج » [ص ٥٤٢] : (**وبيان مسافة الرمي**) محله كما في « الحاوي » [ص ٦٤١] : (**حيث لا عادة**) ، وهو موافق لكلام « الروضة » وأصلها ؛ حيث قال : في وجوبه قولان :

أحدهما : نعم .

والثاني : لا ، وينزل علىٰ غالب عادة الرماة هناك ، فإن لم تكن عادة . . وجب قطعاً ، وعلىٰ هـٰذا يحمل ما أطلقه الأكثرون من اشتراط الإعلام ، وليرجح من القولين التنزيل على العادة الغالبة[2] .

ويمكن أن يكون قول « المنهاج » بعد ذلك [ص ٥٤٢] : (**إلا أن تعقد بموضع فيه غرض معلوم . . فيحمل المطلق عليه**) لا يختص بالمذكور قبله ، وهو : قدر الغرض طولاً وعرضاً ، بل يعود إلىٰ هـٰذه الصورة أيضاً علىٰ قاعدة الشافعي في عود المتعلقات للكل ، فيوافق « الحاوي » وغيره .

ويشترط ألاَّ تكون الإصابة في تلك المسافة نادرة **في الأصح** ، وفي « المهمات » : أن اختصاص بيان مسافة الرمي بما إذا لم يكن هناك عادة مخالف لتصحيح اشتراط بيان عدد الرمي والبادىء مطلقاً ، ولتصحيح أن لا يشترط بيان نوع ما يرمي به مطلقاً ، قال : **والمتجه** استواء الجميع في اعتبار العادة أو عدم اعتبارها ، وخرج في « المهمات » المسافة التي يتحقق فيها الإصابة على الخلاف في العدد الذي يتحقق إصابته ؛ كإصابة الحاذق واحداً من مئة ، وفيه نظر ، بل ينبغي الجزم بالصحة .

٥٦٦٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٨] : (**فإن شرط دون مئتي ذراع . . جاز ، وما زاد . . قيل : يجوز إلىٰ مئتين وخمسين ذراعاً ، وقيل : يجوز إلىٰ ثلاث مئة وخمسين ذراعاً**) **الأصح** : الأول ، ومقتضىٰ كلامه جريان الخلاف في المئتين أيضاً ، وكذا في الجيلي ، لكن الذي في الرافعي : الجزم بالجواز[3] .

٥٦٦٥ـ قوله : (**فإن شرط الرمي إلىٰ غير غرض وأن يكون السبق لأبعدهما رمياً . . لم يصح**)[4]

---

(١) فتح العزيز (١٢/١٩٨) .

(٢) فتح العزيز (١٢/١٩٩) ، الروضة (١٠/٣٦٦ ، ٣٦٧) .

(٣) فتح العزيز (١٢/٢٠٠) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٢٨) .

هو مفهوم من اشتراط « المنهاج » بيان المسافة[1] ، لكن **الأصح** : الصحة ؛ لأن الإبعاد مقصود أيضاً في مقابلة القلاع ونحوها ، وحصول الإرعاب وامتحان شدة الساعد ، وهو مراد « الحاوي » بقوله [ص ٦٤١] : (**وعلى البرتاب**) وهي لفظة فارسية ، والمراد بها هنا : الرمي إلىٰ غير غرض ، بل لمجرد الإبعاد .

قال الإمام : والذي أراه علىٰ هـٰذا أنه يشترط استواء القوسين في الشدة ، ويراعىٰ خفة السهم ورزانته ؛ لأنهما يؤثران في القرب والبعد تأثيراً عظيماً[2] .

٥٦٦٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٢] : (**وقدر الغرض طولاً وعرضاً**) لا بد أيضاً من بيان ارتفاعه وانخفاضه وسمكه، وقد ذكره « التنبيه »[3]، وعبارة « الحاوي » [ص ٦٤١] : (**والغرض وارتفاعه**).

ويرد على « التنبيه » : أن محله إذا لم يكن هناك عادة ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[4] .

٥٦٦٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٩] : (**وأن تكون صفة الرمي معلومة من القرع والخزق والخسق والمرق والخرم**) فيه أمران :

أحدهما : أن ذلك ليس شرطاً ، وإنما هو ندب ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٥٤٢] : (**وليبينا صفة الرمي**) فأتىٰ بلام الأمر المحتملة للندب ، ثم قال : (**فإن أطلقا . . اقتضى القرع**)[5] وكذا في « المهذب »[6] ، وكذا ذكره الماوردي[7] ، وهو مفهوم من ترك « الحاوي » اشتراط ذلك ، والذي في « الروضة » وأصلها : أن كتب كثير من الأصحاب منهم العراقيون مصرحة بأنه لا بد من ذكر ما يريدان من هـٰذه الصفات سوى المرق والخرم ، فلم يشترطوا ذكرهما ، **والأصح** : ما ذكره البغوي أنه لا يشترط التعرض لشيء منها ؛ كالمرق والخرم ، وكإصابة أعلى الشن وأسفله ، قال : وإذا أطلقا العقد . . حمل على القرع ؛ لأنه المتعارف . انتهىٰ[8] .

فيقال : كيف جزم « المحرر » بقول البغوي فقط مع نقله مقابله عن كثير منهم العراقيون ، وشرطه فيه ذكر ما عليه المعظم[9] ، وقال النووي : إنه وفىٰ بما التزم ، لكن تقدم عن « المهذب » موافقة « التهذيب » في ذلك أيضاً .

---

(١) المنهاج (ص ٥٤٢) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٢٨٢) .
(٣) التنبيه (ص ١٢٨) .
(٤) الحاوي (ص ٦٤١) ، المنهاج (ص ٥٤٢) .
(٥) المنهاج (ص ٥٤٢) .
(٦) المهذب (١/ ٤١٨) .
(٧) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ٢٠٣) .
(٨) فتح العزيز (١٢/ ١٩٩) ، الروضة (١٠/ ٣٦٦) .
(٩) المحرر (ص ٤٧١) .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **المعتمد** أنه لا بد من ذكر الصفات التي يتميز بها المقصود من القرع كما هو مقتضىٰ نص « الأم » وقال به الشيخ أبو حامد وأبو الفرج .

ثانيهما : قال النووي في « التحرير » : كان الأولىٰ أن يقول : صفة الإصابة ؛ لأن ما ذكره صفتها لا صفة الرمي ، لكنه من توابع الرمي ومتعلقاته ، فأطلق عليه اسمه مجازاً[(١)] ، والعجب منه في عدوله عن تعبير « المحرر » و« الروضة » وأصلها بالإصابة إلىٰ هـٰذه العبارة المعترضة عنده!

٥٦٦٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٩] : (**فالقرع هو : إصابة الشن**) و« الحاوي » [ص ٦٤٢] : (**الإصابة بالنصل**) أي : بلا خدش كما صرح به « المنهاج »[(٢)] ، وهو مفهوم من تفسير « التنبيه » الخزق : بأن يخدش ولا يثبت[(٣)] .

٥٦٦٩ـ قول « الحاوي » [ص ٦٤٣] : (**والخسق : الخرق**) مقتضاه : أنه لا يشترط في الخسق أن يثبت فيه ، وليس كذلك ، وقد صرح « التنبيه » و« المنهاج » بأنه يشترط فيه ثبوته فيه[(٤)] ، لكن قد يرد عليهما أمران :

أحدهما : أنه لا يكون خاسقاً فيما لو أصاب طرف الشن فخرقه وثبت هناك .

ثانيهما : أنه لا يكون خاسقاً أيضاً فيما لو لم يثقب ، بل وقع في خرم هناك وثبت ، **والأصح في** الصورتين : أنه خاسق ، وقد ذكرهما « الحاوي » فقال [ص ٦٤٣] : (**ولو ببعض [للطرف]**[(٥)] **أو ثبت في ثقبة**) قال الرافعي في الصورة الثانية بعد تعليله بأن السهم في قوته بحيث يخرق لو صادف موضعاً صحيحاً : وقضية هـٰذا أن لا يجعل خاسقاً لو لم تعرف قوة السهم[(٦)] .

٥٦٧٠ـ قولهما : (**والمرق : أن ينفذ فيه**)[(٧)] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه ليس بتفسير معتمد ، والذي عليه كلام أهل اللغة أن المرق : أن يخرج من الجانب الآخر ويقع منه ، وبه فسره الشيخ أبو حامد وابن الصباغ ، وقال : إنه من الخوارج الذين يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية ؛ فلم يبق للمارق في الدين علقة كما أن السهم مرق من الرمية ولم يبق له بها علقة .

---

(١) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٢٩) .
(٢) المنهاج (ص ٥٤٢) .
(٣) التنبيه (ص ١٢٩) .
(٤) التنبيه (ص ١٢٩) ، المنهاج (ص ٥٤٢) .
(٥) في (ب) ، (ج) : (الطرف) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (١٢/٢١٣) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ١٢٩) ، و« المنهاج » (ص ٥٤٢) .

تَنْبِيهٌ

[لا تتعين صفات الرمي بالشرط]

ظاهر « التنبيه » و« المنهاج » تعين هـٰذه الصفات بالشرط ، وليس كذلك مطلقاً ، بل كل صفة يغني عنها ما بعدها ، فالقرع يغني عنه الخزق وما بعده ، والخزق يغني عنه الخسق وما بعده . . . وهـٰكذا إلىٰ أخرها .

٥٦٧١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٢] : (**ولا يشترط تعيين قوس وسهم ، فإن عين . . لغا ، وجاز إبداله بمثله ، فإن شرط منع إبداله . . فسد العقد**) فيه أمران :

أحدهما : أن مراده : قوس بعينه وسهم بعينه ، أما تعين نوع القوس أو السهم . . **فالصحيح في** « أصل الروضة » أيضاً : أنه لا يشترط ، فإن تراضيا علىٰ نوع . . فذاك ، أو نوع من جانب وآخر من جانب . . جاز **في الأصح** كالابتداء ، وإن تنازعا . . فسخ العقد **في الأصح** ، وقيل : ينفسخ[١] .

ولا يمكن تناول « المنهاج » لهـٰذه الصورة ؛ لأن التفريع المذكور بعده من أنه لو عيّن لغا ، وما بعده . . لا يستقيم في تعين النوع ، وعدم اشتراط تعيين النوع هو ظاهر كلام « التنبيه » فإنه قال [ص ١٢٩] : (**وإن شرطا الرمي بالقسي العربية أو الفارسية أو أحدهما يرمي بالعربية والآخر بالفارسية . . حملا عليه ، وإن أطلقا العقد . . حملا علىٰ نوع واحد**) وهو صريح في جواز إطلاق العقد ، لكن حمله في « الكفاية » علىٰ ما إذا غلب هناك نوع . . فيصح ويحمل عليه ، فإن لم يغلب . . بطل ؛ إذ لا مرجح ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٤١] : (**ويعين القوس العادة ثم التوافق ثم يفسد**) ، لكن الذي في الرافعي : أن في المسألة وجهين أطلقهما مطلقون ، وجواب الأكثر : الصحة ، وفي « الحاوي » ما جرىٰ عليه الإمام والغزالي أن محل الخلاف : ما إذا لم يغلب في الناحية نوع ، فإن غلب في الناحية نوع . . حمل المطلق عليه ؛ كالدراهم وغيرها[٢] ، مقتضاه : ترجيح الصحة ولو لم يغلب نوع ، وعكسه في « الكفاية » فجعل الخلاف والتصحيح وجواب الأكثر فيما إذا غلب في الناحية نوع كما تقدم ، واختصر في « الروضة » كلام الرافعي بأن فيه ثلاثة أوجه ، **أصحها** : الصحة مطلقاً[٣] .

قال النشائي : فاقتضىٰ أن فيه وجهاً مطلقاً بالبطلان ولو غلب نوع ، ولم يصرح به الرافعي[٤] .

قلت : هو مفهوم من كونه لما تكلم علىٰ لفظ « الوجيز » . . أعلم بالواو ولإطلاق من أطلق

---

(١) الروضة (١٠/ ٣٦٥) .

(٢) فتح العزيز (١٢/ ١٩٦) .

(٣) الروضة (١٠/ ٣٦٤) .

(٤) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١١٩) .

الوجهين ، ومال شيخنا في « تصحيح المنهاج » إلى البطلان فيما إذا لم يغلب نوع ، وقال : إن مقابله بعيد من قواعد الباب ، بل من القواعد الشرعية ؛ لأن العقود تصان عن مثل هـٰذا .

ثانيهما : قيد في « أصل الروضة » قوله : (وجاز إبداله بمثله) بقوله : (من ذلك النوع)[1] ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محل هـٰذا إذا عيّنا في عقد المناضلة نوعه ، فإن لم يعينا نوعه . . فهل يقوم تعيين القوس مقام تعيين النوع ؟ لم نر من تعرض لذلك ، **والأصح** : أنه لا يقوم هنا ، وليس هـٰذا من باب إذا بطل الخصوص . . هل يبقى العموم ؛ إذ لا عموم في تعيين القوس . انتهىٰ .

٥٦٧٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٩] : (**وإن تلفت القوس** . . **بدلت**) لا معنىٰ لتقييده بأن تتلف ؛ فإنه يجوز إبدالها مع بقائها ولو كانت معينة في صلب العقد كما تقدم ، ولا بد من كون الإبدال مثلها كما ذكر « المنهاج »[2] ، فلا يجوز بأجود قطعاً ولا بما دونها في **الأصح** إلا برضا الشريك .

٥٦٧٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٨] : (**وأن يكون البادىء منهما معلوماً**) و« المنهاج » [ص ٥٤٢] : (**والأظهر** : **اشتراط بيان البادىء**) و« الحاوي » [ص ٦٤٠] : (**وبادئه**) .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هـٰذا موضع انفرد الرافعي **بترجيحه**[3] ، وهو مخالف لصريح نص « الأم » في أنه إذا لم يبيناه . . يصح العقد ويقرع ، وعبارته : (ولا يجوز في القياس إلا أن يتشارطا أيّهما يبدأ ، فإن لم يفعلا . . اقترعا)[4] وهـٰذا هو **المعتمد** ، وعليه جرى القاضي أبو الطيب . انتهىٰ .

وذكر بعضهم أن ظاهر عبارة « التنبيه » و« المنهاج » أن المقدم بالشرط يقدم في كل رشق ، وكذا بالقرعة ، وهو الظاهر في « الشرح الصغير » .

وفي « الكبير » عن الإمام في ذلك وجهان ، ثانيهما : أنه يقدم في الرشق الأول فقط ، ولم يرجح شيئاً ، ثم حكىٰ عن الإمام أنه قال : لو صرحوا بتقديم من قدموه في كل رشق أو أخرجا القُرعة للتقديم في كل رشق . . اتبع الشرط وما أخرجته القرعة ، ثم قال الرافعي : ولك أن تقول : إذا ابتدأ المقدم في النوبة الأولىٰ . . فينبغي أن يبتدىء الثاني في الثانية بلا قرعة ، ثم يبتدىء الأول في الثالثة ، ثم الثاني ، وهـٰذا لأمرين :

أحدهما : أنهم نقلوا نصه في « الأم » : أنه لو شرط كون الابتداء لأحدهما أبداً . . لم يجز[5] ؛ لأن المناضلة مبنية على التساوي .

---

(١) الروضة (١٠/ ٣٦٤) .
(٢) المنهاج (ص ٥٤٢) .
(٣) انظر « المحرر » (ص ٤٧١) .
(٤) الأم (٤/ ٢٣٢) .
(٥) الأم (٤/ ٢٣٥) .

والثاني : أنه يستحب كون الرمىٰ بين غرضين متقابلين يرمي المتناضلان أو الجريان من عند أحدهما إلى الآخر ، ثم يأتيان الثاني ويلتقطان السهام ويرميان إلى الأول ، ثم نص الشافعي والأصحاب أنه إذا بدأ أحدهما بالشرط أو بالقرعة أو بإخراج المال ثم انتهىٰ إلى الغرض الثاني . . بدأ الثاني في النوبة الثانية وإن كان الغرض واحداً ، وحينئذ . . فيتصل رميه في النوبة الثانية برميه في النوبة الأولىٰ . انتهىٰ[1] .

وعلىٰ ذلك مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٤٠] : (**الثاني ثانياً**) وهو خبر مبتدأ محذوف ؛ أي : الثاني ؛ يعني : بادىء الرمي ثانياً هو الثاني في الأول ، يريد : أن الثاني في الرشق الأول يصير هو البادىء في الرشق الثاني .

واعترض عليه بعضهم : بأنه كيف جزم ببحث للرافعي ؟! وقد عرفت أنه ليس بحثاً محضاً ، بل موافق للمنقول ، وحكىٰ شيخنا في « تصحيح المنهاج » عن نص الشافعي رضي الله عنه في « الأم » أنه قال : (وإذا بدأ أحدهما من وجه . . بدأ الآخر من الوجه الذي يليه)[2] ، ثم قال شيخنا : **والأصح** : أن التقديم بسهم سهم ، لا بالرشق الأول ، ولا في كل رشق كما هو منصوص « الأم » و« المختصر » ، وجرىٰ عليه شراح « المختصر » .

٥٦٧٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٢] : (**ولو حضر جمع للمناضلة فانتصب زعيمان يختاران أصحاباً . . جاز**) شرطه : أن يكون قبل العقد ، وصرح به « التنبيه »[3] ، والمراد : أنهما يختاران واحد بواحد، وهكذا حتىٰ يتم العدد ، ولا يجوز أن يختار واحد جميع حزبه أولاً ؛ لئلا يأخذ الحذاق .

٥٦٧٥ـ قول « الحاوي » [ص ٦٤١] : (**وتساوي الحزبين**) قطع به صاحب « المهذب » و« التهذيب » وغيرهما[4] ، لكن قطع الإمام والغزالي بأنه لا يشترط ، بل يجوز أن يكون أحد الحزبين ثلاثة والثاني أربعة ، والأرشاق مئة علىٰ كل حزب وأن يرامي رجل رجلين أو ثلاثة ، فيرمي هو ثلاثة ، وكل واحد منهم واحداً[5] ، ولم يصرح في « الروضة » وأصلها بترجيح أحد الوجهين[6] ، لكن في « الشرح الصغير » عن الأكثرين : اشتراطه ، وذكر النشائي أنه **الأصح** في « أصل الروضة »[7] ، ولم أر ذلك ، وظاهر كلام « التنبيه » و« المنهاج » عدم اشتراطه .

---

(١) فتح العزيز (١٢/ ٢٠٣ ، ٢٠٤) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٢٥٧) .
(٢) الأم (٤/ ٢٣٢) .
(٣) التنبيه (ص ١٢٨) .
(٤) المهذب (١/ ٤٢٠) ، التهذيب (٨/ ٩٤ ، ٩٥) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٢٨٤) ، و« الوجيز » (٢/ ٢٢٢) .
(٦) فتح العزيز (١٢/ ٢٠٧) ، الروضة (١٠/ ٣٧٣) .
(٧) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١١٧) .

٥٦٧٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٨] : (**فإن خرج في أحد الحزبين من لا يحسن الرمي.. بطل العقد**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٥٤٢] : (**فإن اختار غريباً ظنه رامياً فبان خلافُهُ.. بطل العقد فيه**) لأنه قد يقال : فلان ليس برامٍ ؛ أي : معدوداً من الرماة ولكنه يحسن شيئاً من الرمي مع ضعف أو كثرة خطأ ، وهـٰذا لا يبطل العقد فيه .

٥٦٧٧ـ قولهما : (**وسقط من الحزب الآخر بإزائه واحد**)[1] مقتضاه : سقوطه على الإبهام ، وعليه يدل قول « المنهاج » بعده [ص ٥٤٢] : (**فإن أجازوا وتنازعوا فيمن يسقط بدله.. فسخ العقد**) لكن ذكر ابن الصباغ في « الشامل » والروياني في « الكافي » أنه يسقط الذي عينه الزعيم في مقابلته ؛ لأن أحد الزعيمين يختار واحداً ويختار الآخر واحد في مقابلته ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو متعين ؛ لأن الإبطال على الإبهام مع الاختلاف فيه غرر عظيم لا يحتمل مثله .

٥٦٧٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٣] : (**وإذا نضل حزب.. قُسِمَ المال بحسب الإصابة ، وقيل : بالتسوية**) تبع فيه « المحرر » فإنه قال : إنه **الأشبه**[2] ، لكن **الأشبه** في « الشرحين » **وصححه في** « أصل الروضة » : الثاني[3] ، وقطع به بعضهم ، وقال شيخنا ابن النقيب : إن الذي في « المحرر » كأنه سبق قلم[4] ، وكذا قال في « المهمات » : الذي يظهر أنه سبق قلم ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **المعتمد** عندنا : أنه إن أخرج المال الإمام أو أحد الرعيّة أو أحد الحزبين.. قسم بحسب الإصابة ، وإن أخرجه الحزبان وهناك محلل ونضل أحد الحزبين والحزب المحلل.. قسم بينهم بالسوية . انتهىٰ .

ومحل ذلك في حالة الإطلاق ، فإن شرطت القسمة على الإصابة.. عمل به ، وللإمام فيه احتمال[5] .

٥٦٧٩ـ قوله : (**فلو تلف وترٌ أو قوسٌ**)[6] عبر عنه « التنبيه » بقوله [ص ١٢٩] : (**وإن انقطع الوتر أو انكسر القوس**) ، وهو أوضح في المراد ، وتتمة كلام « المنهاج » [ص ٥٤٣] : (**أو عَرَضَ شيءٌ انصدم به السهم وأصاب.. حُسب له ، وإلا.. فلا يحسب عليه**) محله فيما إذا لم يكن ذلك بسوء رميه ، فإن كان.. حسب عليه ، وقد ذكره « الحاوي »[7] .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٢٨) ، و« المنهاج » (ص ٥٤٢) .
(٢) المحرر (ص ٤٧٢) .
(٣) فتح العزيز (١٢/ ٢٠٧) ، الروضة (١٠/ ٣٧٣) .
(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ١٢٨) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٢٨٧) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٥٤٣) .
(٧) الحاوي (ص ٦٤٣) .

قال في « أصل الروضة » : ثم في كتاب ابن كج أن الانقطاع والانكسار إنما يؤثر حدوثهما قبل خروج السهم من القوس ، وأما بعده . . فلا أثر له ، وصور البغوي انكسار السهم فيما إذا كان بعد خروجه من القوس ، وجعله عذراً . انتهىٰ[1] .

واقتصر في « الكفاية » علىٰ كلام ابن كج .

٥٦٨٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٣] : (**ولو نقلت ريح الغرض فأصاب موضعه . . حُسب له ، وإلا . . فلا يحسب عليه**) فيه أمور :

أحدها : محل حسبانه له ما إذا كان الشرط القرع ، وقد صرح به « التنبيه » ، قال [ص ١٢٩] : (**وإن كان الشرط هو الخرق فثبت السهم والموضع في صلابة الغرض . . حسب له**) .

ثانيها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هـٰذا مخالف لمقتضىٰ نص « الأم » حيث قال : (ولو رمىٰ والشن منصوب فطرحت الريح الشن أو أزاله إنسان قبل يقع سهمه . . كان له أن يعود فيرمي بذلك السهم ؛ لأن الرمية زالت)[2] ، قال شيخنا : ومقتضاه : أنه لا يحسب له ، وهـٰذا نص صاحب المذهب ، **فليعتمد عليه** .

ثالثها : ما ذكره فيما إذا لم يصب موضع الغرض من أنه لا يحسب عليه ، مخالف للمجزوم به في « الروضة » وأصلها ، وعبارته : ولو أصاب الغرض في الموضع المنتقل إليه . . حسب عليه لا له . انتهىٰ[3] .

فإصابة الغرض في الموضع المنتقل إليه هي من صُور ألاَّ يصيب موضع الغرض ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : والذي وقفت عليهِ من نسخ « المحرر » : (حسب له ، وإلا . . فلا)[4] من غير زيادة علىٰ ذلك ، وفي « المهمات » : المسألة في أكثر نسخ « المحرر » على الصواب ، وفي بعضها كـ« المنهاج » فلعلها الواقعة له .

٥٦٨١ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٩] : (**وإن أصاب السهم الأرض فازدلف وأصاب الغرض . . حسب له في أحد القولين**) هو **الأظهر** ، وعليه مشى « الحاوي »[5] ، وذكر النووي في « تصحيح التنبيه » : أن **الأصح** : أنه إن لم يصب . . لم يحسب عليه[6] ، وهـٰذا أولاً غير محتاج إليه ؛ لأنه ذكر تصحيح في مسألة لم يتعرض لها « التنبيه » ، وثانياً أنه مخالف **للصحيح** في « الروضة »

---

(١) الروضة (١٠/ ٣٨٤) ، وانظر « التهذيب » (٨/ ٩١ ، ٩٢) .
(٢) الأم (٤/ ٢٣٣) .
(٣) فتح العزيز (١٢/ ٢٢٢) ، الروضة (١٠/ ٣٨٦) .
(٤) المحرر (ص ٤٧٢) .
(٥) الحاوي (ص ٦٤٣) .
(٦) تصحيح التنبيه (١/ ٣٩٣) .

وأصلها : أنه يحسب عليه[1] ، وعليه مشى « الحاوي »[2] ، وحكاية « التنبيه » الخلاف في ذلك قولين مخالف لقول الرافعي : فيه وجهان[3] ، وقيل : قولان مخرجان .

٥٦٨٢ـ قول « الحاوي » [ص ٦٤٣] : (**لا إن عرض عاصف**) أي : منع وصول السهم فأخطأ ؛ فإنه لا يحسب عليه .

أخرج بعروض العاصف ما إذا كان هاباً عند ابتداء الرمي . . فمقتضاه : أنه يحسب عليه وقد تبع في ذلك الإمام والغزالي[4] ، وهو ظاهر النص ، لكن **الأصح** في « الروضة » وأصلها : أنه لا يحسب عليه ، وأنه لا فرق بين العارض والموجود عند ابتداء الرمي[5] ؛ ولهـٰذا أطلق « التنبيه » في هبوب الريح الشديدة أنه إن أخطأ . . لم يحسب عليه ، وإن أصاب . . لم يحسب له ، ولم يفرق في ذلك بين عروضها ووجودها في الابتداء[6] .

٥٦٨٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٨] : (**وإن شرط أنه إذا سبق أطعم السبق أصحابه . . لم تصح المسابقة علىٰ ظاهر المذهب**) محله ما إذا شرطه المخرج ، فلو شرطه المجعول له . . قال القاضي حسين : فالعقد صحيح كما لو شرط على المشتري أن يطعمه أصحابه ؛ إن شرط ذلك البائع . . أبطل ، أو المشتري . . فلا ، وحيث شرطه المخرج ؛ لو تسابقا . . استحق السابق على الشارط أجرة المثل **على الأصح** ، وهو داخل في قول « الحاوي » [ص ٦٤١] : (**وفي الفاسد أجر المثل**) .

٥٦٨٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٨] : (**وقيل : تصح إلا أنه يسقط المسمىٰ ويجب عوض المثل**) قال بعض « الشارحين » : هـٰذا غير موجود في مشاهير الكتب ، وقال بعضهم : لا يعرف إلا في « التنبيه » ، وإطلاق الصحة علىٰ لزوم أجرة المثل خلاف المصطلح .

٥٦٨٥ـ قوله : (**وقيل : تصح ولا يستحق شيئاً**)[7] أي : المشروط إطعامه ؛ لأن الشرط لاغ ؛ فإنه لا يعود إلى المسبق ، فهو وعد ، وفهم النووي من ذلك أنه لا يستحق السابق عوضاً ، فصرح في زوائد « الروضة » بنقل ذلك وجهاً عن « التنبيه »[8] ، وهو وهم ، وكيف يصح العقد ولا عوض ؟!

---

(١) فتح العزيز (١٢/ ٢١١) ، الروضة (١٠/ ٣٧٦) .

(٢) الحاوي (ص ٦٤٣) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٢١١) .

(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٢٦١) ، و« الوجيز » (٢/ ٢٢٣) .

(٥) فتح العزيز (١٢/ ٢٢١ ، ٢٢٢) ، الروضة (١٠/ ٣٨٥) .

(٦) التنبيه (ص ١٢٩) .

(٧) انظر « التنبيه » (ص ١٢٨) .

(٨) الروضة (١٠/ ٣٥٩) .

٥٦٨٦ـ قوله : (**فإن مات أحد المركوبين قبل الغاية . . بطل العقد**)[١] محله فيما إذا ورد العقد علىٰ عينه ، فإن ورد علىٰ موصوف . . فقال الرافعي : لا ينبغي أن ينفسخ بهلاكه[٢] .

٥٦٨٧ـ قوله : (**وإن مات أحد الراكبين . . قام وارثه مقامه**)[٣] أي : إن اختار ذلك ، ومحل ذلك إذا فرعنا **على الأظهر** : أن هـٰذا العقد لازم كالإجارة ، فإن كان جائزاً . . انفسخ بموته ، ولم ينتقل لوارثه ، ولم يستأجر الحاكم .

٥٦٨٨ـ قوله : (**وإن مات الرامي . . بطل العقد**)[٤] كذا لو ذهبت يده .

* * *

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٢٨) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ١٨٧) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٢٨) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٢٩) .

كتاب الأيمان

باب من يصح يمينه وما يصح به اليمين

٥٦٨٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٤] : (**[لا ينعقد ـ أي : اليمين ـ]**[1] **إلا بذات الله تعالىٰ أو صفة له**) موافق لإحدى الطريقتين المذكورتين في « أصل الروضة » في ضبط ما يحلف به ، قال : وهي أقصرهما أنها إنما تنعقد إذا حلف بما مفهومه ذات الله تعالىٰ أو صفة من صفاته ، قال : والثانية ـ وهي أقرب إلىٰ سياق « المختصر » ـ : أنها لا تنعقد إلا إذا حلف بالله أو باسم من أسمائه أو صفة من صفاته ، قال : وأرادوا بالقسم الأول : أن يذكر ما يفهم منه ذات الله تعالىٰ ، ولا يحتمل غيره من غير أن يأتي باسم مفرد أو مضاف من أسمائه الحسنىٰ ؛ كقوله : (والذي أعبده ، أو أسجد له ، أو فلق الحبة ، أو نفسي بيده ، ومقلب القلوب) فتنعقد بذلك ظاهراً وباطناً وإن نوىٰ غير الله ، وفي وجه ضعيف : إن نوىٰ غيره . . دين[2] ، واقتصر في « الشرح الصغير » على الطريق الأول .

٥٦٩٠ـ قوله : (**كقوله : « والله » ، « ورب العالمين » ، « والحي الذي لا يموت » ، « ومن نفسي بيده »**)[3] قال شيخنا ابن النقيب : جعله في « الروضة » من قسم الأسماء المختصة ، إلا قوله : (**ومن نفسي بيده**) ، وفي « المنهاج » يحتمل ذلك ويحتمل أنه من قسم الذات ، وهو **الظاهر** ؛ فإنه قال في « المحرر » : (بذات الله أو صفة من صفاته ؛ فالأول كقوله : « والذي أعبده » ؛ أو « نفسي بيده » ، وقوله : « والله . . . إلىٰ آخره »)[4] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : قوله : (والذي أعبده أو نفسي بيده) مثال لما يُفهم منه ذات الله سبحانه وتعالىٰ ، ولا يحتمل غيره من غير أن يأتي باسم مفرد أو مضاف من أسمائه الحسنىٰ ، وقوله : (أو كقوله : والله . . . إلىٰ آخره) هـٰذا هو النوع الأول ؛ وهو ما يختص بالله تعالىٰ ، وهو من القسم الثاني ، وهو الحلف بالأسماء .

٥٦٩١ـ قوله : (**وكل اسم مختص به سبحانه وتعالىٰ**)[5] قال شيخنا ابن النقيب : الذي ينبغي أن يكون معناه : يختص به الله[6] .

---

(١) في (د) : (لا تنعقد أي : الأيمان) .

(٢) الروضة (١١/ ١٠) .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٤٤) .

(٤) المحرر (ص ٤٧٣) ، وانظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ١٣٢) .

(٥) انظر « المنهاج » (ص ٥٤٤) .

(٦) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ١٣٢) .

قلت : قد صرح بذلك بقوله : (**سبحانه وتعالىٰ**) .

قال[1] : والذي في « الروضة » وكتب الرافعي : (يختص بالله)[2] .

والأول **أصوب** ؛ لأن الباء تدخل على المقصور ، فقولنا : (يختص الله به) أي : لا يُسمىٰ به غيره ، وهو المراد ، وقولنا : (يختص بالله) أي : يُسمى الله به ولا يسمىٰ بغيره ، وليس مراداً ، والفقهاء يتساهلون في ذلك ؛ لفهم المعنىٰ[3] .

٥٦٩٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٤] : (**وما انصرف إليه سبحانه عند الإطلاق**) و« الحاوي » [ص ٦٤٤] : (**اسم الله الغالب**) أحسن من قول « التنبيه » [ص ١٩٣] : (**وإن حلف باسم له يسمىٰ به غيره مع التقييد**) وكذا في « المحرر » و« الروضة » وأصلها[4] ؛ لأنه قد يسمىٰ به غيره مع الإطلاق ، لكن لا ينصرف إليه بمجرد الإطلاق ، بل بالنية ؛ ولهـٰذا لو أراد صرفه إلىٰ غيره . . لم ينعقد يمينه .

٥٦٩٣ـ قول « الحاوي » في أمثلة هـٰذا القسم [ص ٦٤٤] : (**والعليم ، والحكيم**) تبع فيه الغزالي[5] ، قال الرافعي : ويشبه أن يُعَدّا فيما ينطلق على الله وعلىٰ غيره على السواء ؛ كالعالم والموجود[6] ، وسيأتي ، وعبر عنه في « الروضة » **بالأصح**[7] .

وظاهر كلام « الحاوي » فيما ينطلق عليه وعلىٰ غيره على السواء : أنه لا ينعقد به اليمين ولو نواه ، وهو الذي **صححه** الرافعي في « شرحيه »[8] ، لكنه جزم في « المحرر » بأنه يمين بالنية ، وتبعه « المنهاج »[9] ، واستدركه في زيادة « الروضة » فقال : **الأصح** : أنها يمين ، وبه قطع الرافعي في « المحرر » وصاحب « التنبيه » والجرجاني وغيرهما من العراقيين ؛ لأنه اسم يُطلق على الله تعالىٰ وقد نواه ، وقولهم : (ليس له حرمة) مردود[10] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : والذي نقوله في ذلك : أنه إن كان المذكور اسماً يعم الواجب والممكن وليس فيه صفة مدح ؛ كالحي والموجود . . فلا يكون يميناً وإن نوى الله تعالىٰ ، وإن اختص بأولي العلم ؛ كالعالم والعليم والحكيم والحليم ؛ فإن نوىٰ به الله تعالىٰ . . كان

---

(١) أي : ابن النقيب .

(٢) فتح العزيز (١٢/ ٢٤١) ، المحرر (ص ٤٧٣) ، الروضة (١١/ ١٠) .

(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ١٣٢) .

(٤) المحرر (ص ٤٧٣) ، فتح العزيز (١٢/ ٢٤١) ، الروضة (١١/ ١١) .

(٥) انظر « الوجيز » (٢/ ٢٢٤) .

(٦) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٢٤٢) .

(٧) الروضة (١١/ ١١) .

(٨) فتح العزيز (١٢/ ٢٤٢) .

(٩) المحرر (ص ٤٧٣) ، المنهاج (ص ٥٤٤) .

(١٠) الروضة (١١/ ١١) .

مترتباً علىٰ ما قبله ، وأولىٰ بأن يكون يميناً . انتهىٰ .

وقول « المنهاج » في هٰذا القسم [ص ٥٤٤] : (**إلا بنيّة**) أي : بنيّة الله تعالىٰ ، وقد صرح به « التنبيه »[^1] ، وكذا هو في « الروضة » وأصلها[^2] ، ولا يكفي فيه اليمين اتفاقاً .

٥٦٩٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٤] : (**وإن حلف بصفة من صفات الله لا تحتمل غيره ، وهي : « وعظمة الله » ، « وجلال الله » ، « وكبرياء الله » ، « وبقاء الله » ، « وكلام الله » ، « والقرآن ». . انعقدت يمينه ، وإن كان يستعمل في مخلوق وهو قوله : « وعلم الله » ، « وقدرة الله » ، « وحق الله » ، ونوىٰ بالعلم المعلوم ، وبالقدرة المقدور ، وبالحق العبادات. . لم تنعقد يمينه ، وإن لم ينو شيئاً . . انعقدت يمينه**) **الأصح** في المذكورات أوّلاً : أنها كالحلف بالعلم ونحوه ؛ فقد يراد بالعظمة والجلال والعزة والكبرياء : ظهور أثرها على المخلوقات ، وبالكلام : الحروف والأصوات الدالة عليه ، وبالقرآن : الخطبة أو الصلاة ؛ ولهٰذا سوّى « الحاوي » بين المذكورات ، قال [ص ٦٤٤] : (**وصفته بلا نية غير**) ، وعبارة « المنهاج » [ص ٥٤٤] : (**والصفة ؛ كـ « وعظمة الله » ، « وعزته » ، « وكبرياه » ، « وكلامه » ، « وعلمه » ، « وقدرته » ، « ومشيئته ». . يمين ، إلا أن ينوي بالعلم المعلوم وبالقدرة المقدور . ولو قال : « وحق الله ». . فيمين ، إلا أن يريد العبادات**) .

وظاهر كلامه أنه لا يقبل الصرف عن اليمين إلا العلم والقدرة والحق كما صرح به « التنبيه » ، وليس كذلك كما عرفته ، ومحل ما ذكروه في قوله : (**وحق الله**) ما إذا كان مجروراً ، فإن رفعه. . قال المتولي : إن نوى اليمين. . فيمين ، وإن أطلق. . فلا ، وإن نصبه وأطلق. . فوجهان .

والذي أجاب به البغوي : المنع في النصب أيضاً[^3] .

واعلم : أن مما يندرج في قول « الحاوي » [ص ٦٤٤] : (**وصفته**) كلام الله ، وقد صرح به حين فصل ، وقرره شارحه القونوي بأن يريد بكلامه : الأصوات والحروف ، ولم يذكر هٰذا التأويل في « الروضة » وأصلها في كلام الله كبقية الصفات ، بل أطلق أنه تنعقد به اليمين ؛ فلذلك كتبتُ بخطي قديماً : أن **الأصح** فيما عدا الكلام : أنه مثل الحلف بالعلم والقدرة ، وكان اعتمادي في ذلك علىٰ ما يفهم من « الروضة » فإنه لم يأت بعبارة شاملة لجميع الصفات ، إلا قوله في أثناء الكلام : ولم يفرقوا بين الصفات . انتهىٰ[^4] .

---

[^1]: التنبيه (ص ١٩٣ ، ١٩٤) .
[^2]: فتح العزيز (١٢/٢٤٢) ، الروضة (١١/١١) .
[^3]: انظر « التهذيب » (٨/٩٩) .
[^4]: الروضة (١١/١٢) .

ولكن الظاهر أنه لا فرق بين الكلام وغيره من الصفات ؛ لأن احتمال إرادة أثرها مشترك بين الجميع ، والعجب أن النووي والإسنوي لم يستدركا في ذلك على « التنبيه » شيئاً!

قال النووي : ولو قال : (والمصحف) وأطلق . . فهو يمين ، صرح به بعض الأصحاب ، وبه أفتىٰ أبو القاسم الدولعي خطيب دمشق ، قال : لأنه إنما يقصد به الحلف بالقرآن المكتوب ، ومذهب أصحابنا وغيرهم من أهل السنة : أن القرآن مكتوب في المصاحف محفوظ في الصدور ، ولا يقصد الحالف نفس الورق والمداد ؛ ويؤيده أن الشافعي رضي الله عنه استحسن التحليف بالمصحف ، واتفق الأصحاب عليه ، ولو لم ينعقد اليمين عند الإطلاق . . لم يحلف به[1] .

وفي « المهمات » : جزم القاضي حسين والشيخ أبو علي وابن أبي الدم أنه لا يكون يميناً عند الإطلاق ، ونقله الأخيران عن الأصحاب ، وهو **المشهور** ، ومقتضىٰ كلام الماوردي وابن الصلاح في « فتاويه » : انعقاده[2] .

٥٦٩٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٤] : (**وتختص التاء بالله**) فيه أمران :

أحدهما : أن صواب العبارة : (ويختص الله بالتاء) وقد سمع دخولها شذوذاً علىٰ غيره ، فقالوا : تربي وترب الكعبة ، وتالرحمـٰن .

ثانيهما : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إن كان مراده : أنه لا يصح القسم بها شرعاً إلا إن دخلت على الله . . فهـٰذا لا يستقيم ، فلو قال : تالرحمـٰن . . انعقدت يمينه ، وغايته أنه استعمل شاذاً ، وكذا لو قال : تحياة الله ، أو تالرحيم ، أو غير ذلك . . انعقدت يمنيه .

٥٦٩٦ـ قول « الحاوي » في أمثلة الكناية [ص ٦٤٤] : (**وبلَّه**) أي : بحذف الألف ، هو المنقول في « أصل الروضة » عن الشيخ أبي محمد والإمام والغزالي ، قالوا : ويحمل حذف الألف على اللحن ؛ لأن الكلمة تجري كذلك علىٰ ألسنة العوام والخواص ، وقال النووي : ينبغي ألاَّ يكون يميناً ؛ لأن اليمين لا تكون إلا باسم لله تعالىٰ أو صفة ، ولا نسلم أن هـٰذا لحن ؛ لأن اللحن : مخالفة صواب الإعراب ، بل هـٰذه كلمة أخرىٰ . انتهىٰ[3] .

وقال ابن الصلاح : ينبغي أن يكون يميناً عند الإطلاق ، قال : وليس لحناً ، بل لغة حكاها الزجاجي ، وهي شائعة في ألسنة العامة .

٥٦٩٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٤] : (**وإن قال : « أقسمت بالله » ، أو « أقسم بالله » . . انعقدت يمينه**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٥٤٤] : (**ولو قال : « أقسمت » ، أو « أقسم » ، أو**

---

(١) الروضة (١١/١٣) .

(٢) فتاوى ابن الصلاح (٢/٤٧٨) .

(٣) الروضة (١١/١٠) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٨/٢٩٩) ، و« الوجيز » (٢/٢٢٥) .

« **حلفت** » ، **أو** « **أحلف بالله لأفعلن** » . . **فيمين**) ، وقول « الحاوي » [ص ٦٤٤] : (**كأحلف ، وأقسمت بالله**) لعدم التصريح بلفظة : (بالله) إلا في الأخيرة مع أنها لا بد منها في الكل ؛ فإنه لو لم يذكرها . . لم تنعقد يمينه ولو نواها ، وإن كان هـٰذا مراد « المنهاج » و« الحاوي » ، لكن تصريح « التنبيه » به في كل لفظة أصرح .

٥٦٩٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٤] : (**وإن قال : أردت بالأول الخبر عن ماضٍ وبالثاني الخبر عن مستقبل . . قبل فيما بينه وبين الله ، وهل يصدق في الحكم ؟ قيل : لا يصدق ، وقيل : إن كان في الإيلاء . . لا يصدق ، وإن كان في غيره . . صدق ، وقيل : فيه قولان) الأصح** : طريقة القولين ، **وأصحهما** : القبول ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٥٤٤] : (**صدق باطناً ، وكذا ظاهراً على المذهب**) وقد يفهم من تعبيره بالمذهب ترجيح طريقة القطع ، وليس كذلك ؛ فإن اصطلاحه في التعبير بها الدلالة علىٰ أن في المسألة طريقين أو طرقاً ، وأن الراجح في الجملة ما ذكره من غير دليل علىٰ ترجيح قطع ولا خلاف .

ثم محل الخلاف : ما إذا لم يُعلم له يمين ماضية ، فإن علمت . . قبل في إرادتها بأقسمت أو حلفت قطعاً ، وهـٰذه المسألة واردة علىٰ إطلاق « الحاوي » لأنه لم يستثن ما إذا قال : قصدت الماضي أو المستقبل .

واعلم : أنه يشكل على القبول في الإيلاء فرعان :

أحدهما : أنه لو حلف وقال : لم أقصد اليمين . . صدق ، وفي الطلاق والعتاق والإيلاء لا يصدق في الظاهر ؛ لتعلق حق الغير به .

ثانيهما : حلف لا يدخل الدار ثم قال : أردت شهراً ؛ فإن كان بطلاق أو عتاق . . لم يقبل في الحكم ، ويلحق بهما الإيلاء ؛ لتعلقه بحق آدمي ، وإن كانت اليمين بالله تعالىٰ ولم يتعلق بحق آدمي . . قبل ظاهراً وباطناً ، ذكرهما في « أصل الروضة » ؛ الأول في أول (الأيمان) ، والثاني في أواخره[1] .

٥٦٩٩ـ قول « الحاوي » [ص ٦٤٤] : (**أو عليك بالله**) محله : ما إذا قصد يمين نفسه ، فإن قصد الشفاعة ، أو عقد اليمين على المخاطب ، أو أطلق . . فإنه ليس يمين ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٥٤٥] : (**ولو قال لغيره : « أقسم عليك بالله » ، أو « أسألك بالله لتفعلن » وأراد يمين نفسه . . فيمين ، وإلا . . فلا**) وعبارة « التنبيه » [ص ١٩٤] : (**فليس بيمين إلا أن ينوي به اليمين**) أي : يمين نفسه ، ونازع شيخنا في « تصحيح المنهاج » في الصورتين الأخيرتين ، وهما : عقد اليمين على

---

(١) الروضة (١١/٣ ، ٨١) .

المخاطب ، والإطلاق ، ورجح فيهما : أنه يمين عند الإقران بقوله : (**أقسم عليك**) ، وأوّل نص « الأم » و« المختصر » مع نقله عن الماوردي أنه قال في صورة الإطلاق : لا يختلف مذهب الشافعي في أنه ليس يميناً[1] .

٥٧٠٠ـ قول « التنبيه » فيمن قال : إن فعلت كذا . . فأنا يهودي [ص ١٩٣] : (**ويستغفر الله تعالىٰ**) يقتضي أنه ارتكب معصية ، وبه صرح النووي في « الأذكار »[2] وابن الرفعة في « المطلب » ، وحكىٰ عن الخطابي : أنه يلزمه التوبة والاستغفار ، ولا يخفىٰ أن هٰذا إنما هو فيما إذا قصد تبعيد نفسه عن ذلك الأمر ، فإن قصد تعليق التهود علىٰ فعل ذلك الأمر . . كفر في الحال ، فإن لم يعرف قصده لموت أو غيبة . . ففي « المهمات » : **القياس** : تكفيره إذا عري عن القرائن الحاملة علىٰ غيره ؛ لأن اللفظ بوضعه يقتضيه ، وكلام النووي في « الأذكار » يقتضي خلافه .

٥٧٠١ـ قوله : (**ويقول : لا إلـٰه إلا الله**)[3] أي : استحباباً كما قاله النووي في « نكته » ، أو وجوباً كما قاله صاحب « الاستقصاء » ، وفي « مذاكرة أهل اليمن » : أنه لا بد مع هٰذا من قوله : (أشهد أن محمداً رسول الله) وعلله : بأن إحدى الشهادتين لا يكتفىٰ بها في الإيمان . انتهىٰ .

وفيه نظر ؛ فإن الصورة أنه لم يخرج عن الإيمان بذلك كما تقدم تصويره ، وقد يقال : هٰذا تجديد الإيمان علىٰ طريق الاحتياط ؛ فليأت فيه بما يدخل به في الإيمان ، وقد ذكر في « زيادة الروضة » عن الأصحاب : أنه إذا لم يكفر . . فليقل : لا إلـٰه إلا الله محمد رسول الله[4] .

٥٧٠٢ـ قوله : (**وإن قال : « لعمر الله » . . انعقدت يمينه ، إلا أن ينوي به غير اليمين علىٰ ظاهر المذهب ، وقيل : ليس بيمين إلا أن ينوي اليمين**)[5] الثاني هو **الأصح** ، وعليه مشى « الحاوي » فعده في الكنايات[6] ، وذكر في « الكفاية » : أن في عبارة « التنبيه » تقديماً وتأخيراً ، وأن قوله : (**علىٰ ظاهر المذهب**) يتعلق بانعقاد اليمين حالة الإطلاق ، لا بما إذا نوىٰ به غير اليمين ؛ فإن تلك لا خلاف فيها .

قال في « التوشيح » : ولكنه جعل الاستثناء منقطعاً ، ويمكن حمل كلام الشيخ علىٰ ظاهره ، والمراد : ظاهر المذهب في أصل المسألة ، وحاصله : أنه إن نوى الحلف . . فيمين قطعاً ، أو عكسه . . فلا قطعاً ، أو أطلق . . فوجهان ، **أصحهما** : ليس بيمين .

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ٢٧٩) .
(٢) الأذكار (ص ٢٨٥) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٩٣) .
(٤) الروضة (١١/ ٧) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٩٤) .
(٦) الحاوي (ص ٦٤٤) .

٥٧٠٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٤] : (**وإن قال : « أشهد بالله » . . فقد قيل : هو يمين إلا أن ينوي بالشهادة غير القسم ، وقيل : ليس بيمين إلا أن ينوي به اليمين) الأصح** : الثاني ، وعليه مشى « الحاوي »[١] .

٥٧٠٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٤] : (**وإن قال : « عليّ عهد الله وميثاقه وذمته وأمانته وكفالته لا فعلت كذا » . . فليس بيمين إلا أن ينوي به اليمين**) ظاهره أنها يمين واحدة ولو نوىٰ بها كلها اليمين ، وهو **المنقول** ، قال الرافعي : ولك أن تقول : إن قصد بكل لفظة يميناً . . فليكن كما لو حلف على الفعل الواحد مراراً[٢] .

قال في « الروضة » وهـٰذا الاستدراك موافق للنقل ، قال الدارمي : قال ابن القطان : إذا نوى التكرار . . ففي تكرار الكفارة القولان فيمن حلف على الفعل الواحد مراراً ، وطرده في قوله : والله الرحمـٰن الرحيم[٣] .

٥٧٠٥ـ قوله : (**وإن حلف رجل بالله فقال آخر : يميني في يمينك ، أو يلزمني مثل ما يلزمك . . لم يلزمه شيء ، وإن كان ذلك في الطلاق والعتاق ونوىٰ . . لزمه ما لزم الحالف**)[٤] ذكر ابن الصباغ أن قوله : (**يميني في يمينك**) بمعنىٰ : يلزمني من اليمين ما يلزمك ، وحينئذ . . فجمع « التنبيه » بينهما مع اتحاد معناهما ؛ ليفيد أنه لا فرق بين اللفظين ، ويحتمل أن معنىٰ قوله : (**يلزمني مثل ما يلزمك**) أي : من الكفارة أو الطلاق أو العتاق ؛ فلا يكون معناهما حينئذ متحداً ، وفي كلام المتولي ما يقتضي وقوع الطلاق في الثانية خاصة .

٥٧٠٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٥] : (**ومن سبق لسانه إلىٰ لفظها بلا قصد . . لم تنعقد**) كذا لو قصد اليمين علىٰ شيء فسبق لسانه إلىٰ غيره ، ذكره « التنبيه » قال [ص ١٩٣] : (**وذلك لغو اليمين**) محله فيما إذا كانت اليمين بالله تعالىٰ في غير الإيلاء ، فأما الإيلاء والحلف بالطلاق والعتاق إذا ادعىٰ فيه سبق اللسان . . لم يقبل في الحكم .

٥٧٠٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٤] : (**وإن قال : الطلاق والعتاق لازم لي ونوىٰ ذلك . . لزمه**) يقتضي أنه كناية ، وأقره النووي في « التصحيح » ، وحكاه في « أصل الروضة » عن البوشنجي ، لكن في « أصل الروضة » عن العبادي : أنه صريح ، وعن صاحب « العدة » عزوه للأكثرين ، وحينئذ . . فيقع به الطلاق بغير نية[٥] .

---

(١) الحاوي (ص ٦٤٤) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١٢/٢٤٨) .
(٣) الروضة (١١/١٦) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٩٤) .
(٥) الروضة (٨/٣٣) .

٥٧٠٨ـ قولهما : (**ويصح علىٰ ماض ومستقبل**)[١] يستثنىٰ من المستقبل : ممتنع الحنث لذاته ؛ كقوله : (والله لا أصعد السماء) . . **فالأصح** : أن يمينه لا ينعقد ، بخلاف : (لأصعدن السماء) . . **فالأصح** : انعقاد يمينه ولزوم الكفارة في الحال .

٥٧٠٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٣] : (**فإن حلف علىٰ ماض وهو صادق . . فلا شيء عليه**) المراد بصدقه : موافقة ما قصده إذا احتمله اللفظ وإن خالف الظاهر ، إلا أن يحلفه حاكم . . فالمعتبر موافقه ظاهر لفظ الحاكم .

٥٧١٠ـ قوله : (**وإن كان كاذباً . . أثم**)[٢] المراد : مع علمه بذلك ؛ بدليل قوله بعده : (**وهي الغموس**) فإن جهل . . فلا إثم ، وفي الكفارة خلاف حنث الناسي .

٥٧١١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٥] : (**وهي مكروهة إلا في طاعة**) يستثنىٰ أيضاً : الأيمان الواقعة في الدعاوىٰ إذا كانت صادقة . . فإنها لا تكره ، قال النووي : وكذا لا تكره للحاجة ؛ كتوكيد كلام وتعظيمه ؛ كقوله صلى الله عليه وسلم في « الصحيح » : « فوالله ؛ لا يمل الله حتىٰ تملوا »[٣] ، وقوله : « والله ؛ لو تعلمون ما أعلم . . . » الحديث[٤] ، وهو كثير[٥] .

٥٧١٢ـ قوله : (**فإن حلف علىٰ ترك واجب . . عصىٰ**)[٦] استثنىٰ منه شيخنا في « تصحيح المنهاج » مسألتين :

أحدهما : الواجب الذي يمكن سقوطه كالقصاص بعد الحكم به ؛ فإنه يمكن سقوطه بالعفو ، واستشهد علىٰ ذلك بقول أنس بن النضر : (والله ؛ لا تكسر ثنية الربيع) والحديث في « الصحيح » ، وفيه أن القوم عفوا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن من عباد الله من لو أقسم على الله . . لأبرّه »[٧] .

ثانيهما : الواجب على الكفاية ؛ كما لو حلف لا يصلي علىٰ فلان الميت حيث لم يتعين . . فإنه لا يعصي بهـٰذا الحلف .

٥٧١٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٣] : (**فإن كان علىٰ أمر مباح . . فقد قيل : إن الأولىٰ ألاَّ يحنث ، وقيل : الأولىٰ أن يحنث**) فيه أمران :

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٩٣) ، و« المنهاج » (ص ٥٤٥) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٩٣) .
(٣) أخرجه البخاري (٤٣) ومسلم (٧٨٢) .
(٤) أخرجه البخاري (٩٩٧) ومسلم (٩٠١) .
(٥) انظر « الروضة » (١١/ ٢٠) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٥٤٥) .
(٧) أخرجه البخاري (٢٥٥٦) ومسلم (١٦٧٥) .

أحدهما : أن **الأصح** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج »[1] ، وكذا في « أصل الروضة » ، لكنه قال عقبه : وقد حصل مما ذكرناه أن اليمين لا تغير حال المحلوف عليه عما كان وجوباً وتحريماً وندباً وكراهة وإباحة[2] ، وهـٰذا في الإباحة مخالف **لتصحيحه** : أن الأفضل عدم الحنث ؛ فقد تغير حكم المحلوف عليه وصار تركه أفضل من فعله ؛ ولهـٰذا لما حكى الإمام وجهاً ثالثاً بالتخيير بينهما . . قال : إنه يعتضد بالقاعدة الكلية : أن الأيمان لا تغير الأحكام[3] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ومن ذلك يظهر أن **الأرجح** : وجه التخيير بجريانه على القاعدة ، وجرىٰ عليه القاضي حسين ، وهو مقتضىٰ كلام الفوراني في « الإبانة » .

ثانيهما : محل هـٰذا الخلاف : فيما لا يتعلق بفعله ولا تركه غرض ديني ؛ كدخول دار ، أما إذا حلف لا يأكل طيباً ولا يلبس ناعماً . . فقال الشيخ أبو حامد وجماعة : هو يمين مكروهة ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ . . . ﴾ الآية ، واختار القاضي أبو الطيب : أنها يمين طاعة ؛ اتباعاً للسلف في خشونة العيش ، وقال ابن الصباغ : يختلف ذلك باختلاف أحوال الناس ، وقصودهم وفراغهم للعبادة ، واشتغالهم بالضيق والسعة ، قال الرافعي : وهـٰذا **أصوب**[4] .

٥٧١٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٣] : (**وإن زال** ـ أي : عقله ـ **بمحرم** . . **صحت يمينه** ، **وقيل** : **فيه قولان**) **الأصح** : طريقة القولين ، **وأصحهما** : الصحة .

* * *

(١) المنهاج (ص ٥٤٥) .
(٢) الروضة (١١/ ٢٠ ، ٢١) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٣٠٣ ، ٣٠٤) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٢٦٢) .

كتاب كفّارة اليمين

٥٧١٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٥] : (**له تقديم كفارة بغير صوم علىٰ حنث**) يفهم أن الأفضل تأخيرها عنه ، وبه صرح « التنبيه » ، ولا يفهم ذلك من قول « الحاوي » [ص ٦٤٨] : (**ويقدم على الحنث غيرَ الصوم**) .

٥٧١٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٩] : (**وقيل : إن كان الحنث بمعصية . . لم يجز أن يكفر قبل الحنث ، وليس بشيء**) هـٰذا الوجه **رجحه** في « المحرر »[١] مع كونه لم ينقل ترجيحه في « الشرح » إلا عن البغوي ، وقال : إن مقابله ـ وهو جواز التقديم ولو كان الحنث معصية ـ **هو الأقيس والأظهر** عند الشيخ أبي حامد والإمام والروياني وغيرهم[٢] ، وقال في « الشرح الصغير » : إنه **الأظهر** ، وحكىٰ في « أصل الروضة » **تصحيحه** عن الأكثرين[٣] ، واستدركه في « المنهاج » على « المحرر »[٤] ، وهو ظاهر إطلاق « الحاوي »[٥] .

واعلم : أنه يشترط في إجزاء العتق المعجل عن الكفارة بقاء العبد حياً مسلماً إلى الحنث ، فلو مات أو ارتد قبله . . لم يجز به .

٥٧١٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٥] : (**وقتل على الموت**) أي : يجوز تقديم كفارة القتل على الموت لكن بعد الجرح .

٥٧١٨ـ قوله : (**ومنذور مالي**)[٦] أي : يجوز تقديمه على المعلق عليه كالشفاء ، كذا في « أصل الروضة » هنا[٧] ، لكن خالفه في تعجيل الزكاة فقال : ولو قال : (إن شفى الله مريضي . . فلله عليّ عتق رقبة) فأعتق قبل الشفاء . . لا يجزئه **على الأصح**[٨] ، والرافعي إنما حكىٰ ذلك التصحيح عن ابن عبدان[٩] ، فأطلقه في « الروضة » .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو غير معتمد ، والجاري علىٰ قاعدة الشافعي في تعجيل

---

(١) المحرر (ص ٤٧٤) .
(٢) فتح العزيز (١٢/ ٢٥٩) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٣٠٨) .
(٣) الروضة (١١/ ١٧) .
(٤) المنهاج (ص ٥٤٥) .
(٥) الحاوي (ص ٦٤٨) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٥٤٥) .
(٧) الروضة (١١/ ١٩) .
(٨) الروضة (٢/ ٢١٤) .
(٩) انظر « فتح العزيز » (٣/ ٢٠) .

الزكاة وكفارة اليمين المالية وزكاة الفطر : الجواز . انتهىٰ .

فلو قال : (إن شفى الله مريضي . . فلله عليّ أن أتصدق يوم الجمعة الذي يعقبه بكذا) فشفي المريض . . جاز إخراجه قبل يوم الجمعة ؛ ففي « الروضة » في (النذر) عن الصيدلاني : أنه لو عيّن للصدقة وقتاً . . جاز تقديمها عليه بلا خلاف[1] ، ويمكن تناول عبارة « المنهاج » لهـٰذه الصورة وإن لم تتناولها عبارة « المحرر » .

٥٧١٩ـ قولهم : (**يتخير في كفارة اليمين بين عتق ؛ كالظهار ، وإطعام عشرة مساكين وكسوتهم**)[2] يستثنىٰ منه : العبد ، وقد ذكروه بعد ذلك ، والمحجور عليه بسفه أو فَلَسْ لا يكفر بالمال أيضاً ، بل بالصوم كالمعسر ، ومن مات وعليه كفارة . . فالواجب أن يخرج من تركته أقل الخصال قيمة[3] ، ومع ذلك فلا تخيير إلا إن استوت قيمتها .

٥٧٢٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٥] : (**كل مسكين مُدُّ حبٍّ من غالب قوت بلده**) يخرج الأقط واللحم واللبن ، وقد تقدم ما فيها في الظهار ، فلو أحال على الظهار كما فعل في (العتق) وكما فعل « التنبيه » هنا[4] . . لكان أحسن ، وعبارة « الحاوي » [ص ٦٤٧] : (**مداً مداً**) ولم يذكر جنسه .

٥٧٢١ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٩] : (**فإن أعطاهم قلنسوة قلنسوة . . فقد قيل : يجوز ، وقيل : لا يجوز**) **الأصح** : الثاني ، وعليه مشى « الحاوي »[5] .

٥٧٢٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٥ ، ٥٤٦] : (**ولا تشترط صلاحيته للمدفوع إليه ، فيجوز سراويل صغير لكبير لا يصلح له**) وهو مراد « الحاوي » بقوله [ص ٦٤٧] : (**ولطفل**) .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هـٰذا عندنا غير معتمد ، بل **الأصح** في ذلك : المنع ؛ لأن الله تعالىٰ أضاف الكسوة إلىٰ من يكسىٰ ، فلا بد أن يُعد كسوة له ، وفاعل ذلك إذا قال : كسوت فلاناً . . عُدّ من الحمقىٰ ، **وصحح** الرافعي والنووي منع التبان[6] ، وذلك يقتضي منع سراويل صغير لكبير ، وفي « مختصر البويطي » : إن شاء رجالاً وإن شاء نساء وإن شاء صبياناً ، ثوباً لكل واحد يواري عورته من السرة إلى الركبة ، فبيّن فيه أن المدفوع للرجال والنساء غير المدفوع للصبيان ، **وهو قوي** ، فينبغي تنزيل نص « الأم » و« المختصر » عليه ، وفي « تهذيب البغوي » : أن قول

---

(١) الروضة (٣/٣٠٩) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٩٩) ، و« الحاوي » (ص ٦٤٧) ، و« المنهاج » (ص ٥٤٥) .
(٣) في حاشية (ج) : (كما قال البغوي في « فتاويه ») .
(٤) التنبيه (ص ١٩٩) .
(٥) الحاوي (ص ٦٤٧) .
(٦) **التبان** : سراويل قصيرة لا تبلغ الركبة . انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٢٧٤) ، و« الروضة » (١١/ ٢٣) .

الشافعي في القديم : أنه يجب أن يعطي كل شخص ما تجوز صلاته فيه ، فيكسو الرجل ثوباً والمرأة ثوبين ، وحكاه البويطي عنه ، قال البغوي : وهـٰذا أحسن الأقاويل وأولاها[١] .

٥٧٢٣ـ قول « الحاوي » [ص ٦٤٧] : (**صوفٍ وكتانٍ وحريرٍ وقطنٍ**) يقتضي انحصار جنس الكسوة فيها ، وليس كذلك ؛ ففي « أصل الروضة » أنه يجزىء المتخذ من شعر أيضاً ، وعن الصيدلاني : أنه يجزىء قميص اللبد في بلد جرت عادة غالب الناس أو نادرهم بلبسه ، وحكىٰ من زيادته عن الدارمي : أنه لا يجزىء ما لا يعتاد لبسه ؛ كجلود ونحوها . انتهىٰ[٢] .

ومفهومه إجزاؤه إذا اعتيد ، وبه جزم الماوردي والروياني ، وحكيا وجهين فيما لا يعتاد من الجلود واللبود والفراء[٣] ، ولا يرد ذلك علىٰ قول « المنهاج » [ص ٥٤٦] : (**وقطن وكتان وحرير لامرأة ورجل**) لأنه لم يقصد حصر جنس الكسوة في ذلك ، وإنما أراد : أنه تجوز كسوة المسكين ما لا يجوز له لبسه كالحرير للرجل .

٥٧٢٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٦] : (**ولبيسٌ لم تذهب قوته**) ضابط حسن ، وهو أحسن من قول « التنبيه » [ص ١٩٩] : (**ولا يجزىء فيه الخلق ، ويجزىء ما غسل دفعة أو دفعتين**) لأنه قد يغسل أكثر من دفعتين مع بقاء قوته فيه ، و« الحاوي » [ص ٦٤٧] : (**ولو عتيقاً ، لا مخرّق ، وقريب انمحاق**) لأن قربه من الانمحاق وبعده منه ليس مضبوطاً ، بخلاف بقاء قوته ، فلو كان مهلهل النسج لا يقوىٰ على الاستعمال . . التحق بالبالي وإن كان جديداً ؛ لأنه في معناه .

قال الإمام : هـٰذا هو الذي يظهر[٤] .

٥٧٢٥ـ قوله : (**وإن غاب ماله . . انتظره ولم يصم**)[٥] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محله عندي : ما إذا لم يُعدّ معسراً ، فلو غاب إلىٰ مسافة القصر بحيث يُعدّ معسراً حتىٰ يأخذ من الزكاة ، وتفسخ الزوجة بإعساره ، ويفسخ البائع له بإعساره بالثمن . . كفر بالصوم ، ثم استشهد لذلك بقول الشافعي رضي الله عنه في « الأم » : (فأما من كان له أن يأخذ من الصدقة . . فله أن يصوم)[٦] ، لكن الشافعي قال عقب ذلك : (وإن كان غنياً وكان ماله غائباً عنه . . لم يكن له أن يكفر بالصوم حتىٰ يحضره ماله أو يذهب المال)[٧] ، وهـٰذا مخالف لما قاله الشيخ .

---

(١) التهذيب (٨/ ١١١) .
(٢) الروضة (١١/ ٢٣) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ٣٢١) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٣١٧) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٥٤٦) .
(٦) الأم (٧/ ٦٦) .
(٧) الأم (٧/ ٦٦) .

فأجاب عنه : بأنه لا يكون غنياً مع الغيبة إلا إذا كان ماله في دون مسافة القصر .

وفي هـٰذا الجواب نظر ؛ فإنه غني ولو كان ماله علىٰ مسافة القصر إلا أنه مع غناه محتاج ، فأخذ من الزكاة ، وفسخت زوجته نكاحه ؛ لتضررها ، وبائعه ؛ لتضرره بتأخير الثمن عنه ، وأما الكفارة . . فلا حاجة به إلىٰ تعجيلها ، وهي على التراخي **على المشهور** ، والله أعلم .

٥٧٢٦ـ قوله : (**ولا يكفر عبد بمال إلا إذا ملّكه سيده طعاماً أو كسوة وقلنا : يملك**)[١] أي : وأذن له في التكفير بذلك كما صرح به « التنبيه »[٢] ، وكذا لو ملكه غيرها وأذن له أن يشتري به أحدهما ويكفر به . . جاز ، وكذا يجوز **علىٰ** هـٰذا القول أن يكفر السيد عن العبد بالمال من غير احتياج إلىٰ أن يملكه . . ولابد من إذن العبد كما ذكره الشيخ أبو حامد والبغوي ، وفي كلام ابن الصباغ و« البيان » ما يقتضي عدم اعتباره ، ثم محل ذلك : في حياة العبد ، فلو مات . . فللسيد أن يكفر عنه بالإطعام أو الكسوة ، فإن قلنا : لا يملك بالتمليك ؛ لأن التكفير عنه في الحياة يتضمن دخوله في ملكه والتكفير بعد الموت لا يستدعي ؛ وذلك لأنه ليس للميت ملك محقق ؛ ولأن الرق لا يبقىٰ بعد الموت . . فهو والحر سواء[٣] ، وقد ذكره « الحاوي »[٤] .

ولا يرد علىٰ عبارتهما المكاتب ؛ فإنه يكفر بالإطعام أو الكسوة بإذن السيد **على الراجح** ؛ لأنه إذا أطلق العبد . . إنما يراد به القن ، ولا سيما وقد قال « المنهاج » [ص ٥٤٦] : (**وقلنا : يملك**) والمكاتب يملك قطعاً .

٥٧٢٧ـ قول « المنهاج » فيما إذا ضره الصوم [ص ٥٤٦] : (**ووُجِدا ـ** أي : الحلف والحنث **ـ بلا إذن . . لم يصم إلا بإذن**) و« الحاوي » [ص ٦٤٨] : (**وللسيد منعه**) قد يوهم أنه لو صام . . لم يصح ، وليس كذلك ؛ ولهـٰذا قال « التنبيه » [ص ١٩٩] : (**وإن خالف وصام . . أجزأه**) .

٥٧٢٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٦] : (**وإن أذن في أحدهما ـ** أي : الحلف والحنث **ـ فالأصح : اعتبار الحلف**) **مخالف للمصحح** في « الروضة » و« الشرحين » من اعتبار الإذن في الحنث[٥] ، وعليه مشى « التنبيه » فقال [ص ١٩٩] : (**وإن حلف بإذنه وحنث بغير إذنه . . فقد قيل : يجوز ، وقيل : لا يجوز وهو الأصح**) و« الحاوي » فقال [ص ٦٤٨] : (**وللسيد منعه إن امتنع خدمته ، أو حنث لا بإذنه**) ، **والصواب** أن يقول : (وحنث) بالواو لا بأو ؛ لأنه لابد في منعه له من اجتماع

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٤٦) .
(٢) التنبيه (ص ١٩٩) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٢٧٨)
(٤) الحاوي (ص ٦٤٨) .
(٥) فتح العزيز (٩/ ٣٢١) ، الروضة (٨/ ٣٠٠) .

الأمرين : حصول الضرر له بحيث يمتنع من خدمته ، وكونه حنث بغير إذنه .

واستدرك شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » على « التنبيه » بما في « المحرر » و« المنهاج »[(١)] . . فاقتضىٰ أنه [الراجح][(٢)] عنده ، لكن قال النشائي في « نكته » : إن الذي في « التنبيه » صرح الرافعي بعزوه للأكثرين ، **وصححه** في « الكفاية » ، ووجهه واضح ، والذي في « المحرر » سبق قلم ، ولو عبر بغير الأصح . لظُن اختياره ، قال : ويوضح ذلك اتفاق المصححين فيما إذا حلف بغير الإذن وحنث بالإذن على الجواز ، وإنما بالغت فيه ؛ لأنه قد اغتر به . انتهىٰ[(٣)] .

وتبعه في « التوشيح » علىٰ ذلك ، وكذا قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : الذي في « الروضة » هو **المعتمد** ، وهو ظاهر نص « المختصر » إذ قال : (وليس له أن يصوم إلا بإذن مولاه ، إلا أن يكون ما لزمه بإذنه)[(٤)] ، قال : وظاهر هـٰذا إناطته بالحنث ؛ لأن به يحصل اللزوم ، قال : وهـٰذا بخلاف الضمان ؛ فإن **الأصح** فيه : اعتبار الإذن في الضمان لا في الأداء ؛ لأنه هو المقتضي لإلزام الدين في الذمة ولا كذلك[(٥)] الحلف ؛ فإنه بمجرده لا يقتضي إلزام الكفارة .

واعلم : أنه ليس المراد بالعبد هنا : ما يشمل الأنثىٰ كما هو الغالب في لفظ الأصحاب ، بل لفظ العبد هنا يخرج الأمة ؛ فللسيد منعها من الصوم وإن لم تتضرر به للاستمتاع الناجز ؛ ولهـٰذا أطلق « الحاوي » منع الجارية ، ولم يقيده بالعبد[(٦)] .

٥٧٢٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٦] : (**ومن بعضه حر**) و« الحاوي » [ص ٦٤٧] : (**حر البعض**) أحسن من قول « التنبيه » [ص ١٣٢] : (**وإن كان نصفه حراً ونصفه عبداً**) فإن البعض أعم من النصف ، واستثنىٰ شيخنا في « تصحيح المنهاج » من منع تكفيره بالعتق . . ما إذا قال له مالك بعضه : (إذا أعتقت عن كفارتك . . فنصيبي منك حر قبل إعتاقك عن الكفارة أو معه) . . فيصح إعتاقه عن كفارة نفسه في الأولىٰ قطعاً ، وفي الثانية **على الأصح** .

* * *

---

(١) تذكرة النبيه (٣/ ٣٦٤) ، وانظر « المحرر » (ص ٤٧٤) ، و« المنهاج » (ص ٥٤٦) .
(٢) في (ج) : (الأصح) .
(٣) نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه (ق ١٦٠) .
(٤) مختصر المزني (ص ٢٩٣) .
(٥) في النسخ : (لذلك) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله أعلم .
(٦) الحاوي (ص ٦٤٨) .

بابُ جامع الأيمان

٥٧٣٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٥] : (**إذا قال : والله لا سكنت داراً وهو فيها وأمكنه الخروج ولم يخرج . . حنث ، وإن خرج منها بنية التحول . . لم يحنث**) مقتضاه : أنه إذا لم يكن بنية التحول . . حنث ، وكذا قيده ابن الصباغ .

قال في « الكفاية » : ولم أر لأحد تصريحاً بذلك ، والذي ذكره غيرهما مجرد الخروج من غير تقييد .

قلت : قيد المسألة بذلك أيضاً الشاشي في « الحيلة »[(١)] وصاحب « الاستقصاء » وابن الصلاح في « مشكل الوسيط » قال : ليقع الفرق بينه وبين الساكن الذي من شأنه أن يخرج ويعود[(٢)] ، قال ابن عجيل اليمني : لو أحدث النية بعد خروجه . . لم يُفده ، ومشى « المنهاج » على المشهور فقال [ص ٥٤٦] : (**فليخرج في الحال**) والمراد : من الباب ، فلو خرج من سطحها مع إمكانه من الباب . . حنث كما قاله الماوردي ؛ لأنه بالصعود في حكم المقيم[(٣)] .

٥٧٣١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٦] : (**فإن مكث بلا عذر . . حنث**) أحسن من قول « التنبيه » [ص ١٩٥] : (**وأمكنه الخروج**) لأنه قد يكون الشيء ممكناً مع قيام العذر ، وعبارة « أصل الروضة » في بيان العذر : بأن أغلق الباب ، أو منع من الخروج ، أو خاف علىٰ نفسه أو ماله لو خرج ، أو كان مريضاً أو زمناً لا يقدر على الخروج ولم يجد من يخرجه ، ثم قال : وإن مرض وعجز بعد الحلف . . ففي الحنث الخلاف في حنث المكره . انتهىٰ[(٤)] .

والخروج عند الخوف ممكن مع قيام العذر ، ولم يذكر سوى الأعذار الحسيّة ، واعتبر الماوردي مع ذلك العذر الشرعي فقال : لا يحنث بالصلاة فيها عند ضيق الوقت[(٥)] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو جارٍ **على المعتمد** فيمن حلف ليطأنّ زوجته في هـٰذه الليلة . فوجدها حائضاً . انتهىٰ .

وعبارة « الحاوي » [ص ٦٥٠] : (**والمكث لا لنقل المتاع سكونٌ**) فلم يذكر المكث لعذر ، وكأنه سكت عنه لوضوحه أو لفهمه من نقل المتاع بطريق الأولىٰ ؛ فإن العذر أشد من نقل المتاع ، والمكث لنقل المتاع ذكره « المنهاج » بعد ذلك ، وهو وارد على « التنبيه » ، لكن حكي عن

---

(١) حلية العلماء (٢/ ٩٨٣) .
(٢) مشكل الوسيط (٧/ ٢٢٨) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ٣٤٥) .
(٤) الروضة (١١/ ٣٠ ، ٣١) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ٣٤٥) .

العراقيين القطع بالحنث ، وقال في « التنبيه » بعده [ص ١٩٥] : (**وإن رجع لنقل القماش . . لم يحنث**) فلو احتاج إلىٰ مبيت ليلة لحفظ متاع . . **فأصح احتمالي** ابن كج : لا يحنث .

٥٧٣٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٦] : (**ولو حلف لا يساكنه في هٰذه الدار ، فخرج أحدهما في الحال . . لم يحنث**) كذا لو لم يخرج الحالف في الحال لكن اشتغل بنقل متاع . . فإنه لا يحنث ؛ كالصورة التي قبلها .

٥٧٣٣ـ قوله : (**وكذا لو بُني بينهما جدارٌ ولكل جانب مدخل في الأصح**)[1] تبع فيه « المحرر »[2] ، **وصحح** في « الشرح الصغير » الحنث ، وعليه مشى « الحاوي »[3] ، ونقل **تصحيحه** في « الشرح الكبير » وتبعه في « الروضة » عن الجمهور ، ولم ينقل ترجيح الأول إلا عن البغوي فقط[4] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وأطلق محل الخلاف ، وهو مقيد بأن يكون البناء بفعل الحالف أو بأمره ، أو بفعلهما أو بأمرهما ، فلو كان بأمر غير الحالف ؛ إما المحلوف عليه أو غيره . . فإنه يحنث الحالف قطعاً ؛ لأن توجيه عدم الحنث باشتغاله برفع المساكنة يقتضي ذلك .

٥٧٣٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٥] : (**وإن حلف لا ساكنت فلاناً فسكن كل واحد في بيت من دار كبيرة أو خان وانفرد كل واحد بباب وغلق . . لم يحنث**) مفهومه الحنث في الحال إذا لم ينفرد كل بباب وغلق ، وهو الذي في « الكفاية » ، لكن في « الروضة » وأصلها : أنه يشبه ألاَّ يشترط في الخان أن يكون لكل منهما باب وغلق كالدور في الدروب ، بخلاف الدار الكبيرة[5] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٤٥] : (**أو انفرد ببيت في خانٍ ودارٍ كبيرةٍ لكل بابٌ وغلق**) كذا قرره شارحوه ، وكان يمكن أن يكون القيد راجعاً لهما معاً ؛ أعني : الخان والدار الكبيرة .

٥٧٣٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٥] : (**وإن حلف لا يدخل هٰذه الدار وهو فيها ، فلم يخرج . . ففيه قولان**) **الأظهر** : أنه لا يحنث ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[6] ، فلو نوىٰ بعدم الدخول الاجتناب فأقام . . حنث **في الأصح** .

٥٧٣٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٦] : (**أو لا يتزوج أو لا يتطهر ، فاستدام . . حنث . قلت :**

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٤٦) .

(٢) المحرر (ص ٤٧٥) .

(٣) الحاوي (ص ٦٤٥) .

(٤) فتح العزيز (١٢/ ٢٨٠٩) ، الروضة (١١/ ٣٢) ، وانظر « التهذيب » (٨/ ١١٥) .

(٥) فتح العزيز (١٢/ ٢٨٨) ، الروضة (١١/ ٣٢) .

(٦) الحاوي (ص ٦٤٩) ، المنهاج (ص ٥٤٦) .

تحنيثه باستدامة التزوج والتطهر غلط ؛ لذهولٍ) وعليه مشى « التنبيه » و« الحاوي » فجزما بأنه لا يحنث باستدامة التزوج والتطهر[1] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه ليس غلطاً ، وحاول تخريجه قولاً من كون استدامة الدخول دخولاً ؛ لأن الضابط لما لا يكون استدامته كابتدائه . . ألاَّ يوقت بالزمان في غير الابتداء ، فلا يقال : دخلت الدار شهراً ولا تزوجت شهراً ، بل من شهر كما قالوه ، وليس كذلك ، بل يقال : تزوجت فلانة شهراً ، وإن لم يقل : دخلت شهراً . . فهو أولىٰ بجريان الخلاف من الدخول ، والتطهر يمكن قطعه بالحدث ، فينزل دوامه منزلة ابتدائه ، وصار معنىٰ يمينه علىٰ هـٰذا القول : لا أكون في الدار ، ولا أكون متزوجاً ، ولا أكون متطهراً ، ومن رام فرقاً بين الدخول وصورتي التزوج . . لم يجده ، ويشهد لذلك الخلاف في صورة التطيب مع أنه لا يقال : تطيبت شهراً ، ولم ينزل دوامه في الإحرام منزلة ابتدائه ، وكذلك النكاح لا ينزل دوامه في الإحرام منزلة ابتدائه .

قلت : لكن « المحرر » لم يحكِ القول بأن استدامة الدخول دخول ، فكيف يجزم بأن استدامة التزوج تزوج ، وغاية أمره تخريجه عليه ، وذلك يدل على الذهول ، وإن كان ما ذكره شيخنا من التخريج ممكناً ، إلا أنه لا ينفي الذهول عن « المحرر » ، ويدل لذلك أيضاً أنه جزم في « شرحيه » المطولين بخلافه ، والله أعلم .

٥٧٣٧ـ قول « المنهاج » من زيادته [ص ٥٤٦] : **(واستدامة طيب ليس تطيباً في الأصح ، وكذا وطء وصوم وصلاة)** موافق لتعبير « الروضة » بقوله : (وذكر الوجهان في وطء وصوم وصلاة)[2] أي : المتقدمان في التطيب ، وذلك يقتضي استواء الكل في الترجيح ، لكن عبارة الرافعي : (وذكر وجهان)[3] بالتنكير ، ولا يوجد من ذلك ترجيح ، **ورجح** شيخنا في « تصحيح المنهاج » في الثلاثة الأخيرة : الحنث ؛ فإنه يقال : صمت شهراً ، فاندرج في الضابط المتقدم ، والفرق بين الوطء والتطيب : أن استدامة الصائم الوطء بعد الفجر مع علمه بالحال حرام مبطل للصوم ، بخلاف استدامة المحرم الطيب ؛ فدوامه كابتدائه ، وكذلك الصلاة يعتبر في دوامها ما يعتبر في ابتدائها ، وصور الرافعي الحلف في الصلاة بالنسيان[4] ، ويتصور في الأخرس أيضاً .

٥٧٣٨ـ قولهم ـ والعبارة لـ«التنبيه» ـ: **(وإن حلف لا يدخل داراً فصعد سطحها . . لم يحنث)**[5]

---

(١) التنبيه (ص ١٩٥) ، الحاوي (ص ٦٤٩) .
(٢) الروضة (١١/٢٩) .
(٣) فتح العزيز (١٢/٢٨٣) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٢٨٣) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٩٥) ، و« الحاوي » (ص ٦٤٩) ، و« المنهاج » (ص ٥٤٧) .

محله : إذا لم يكن مسقفاً كله أو بعضه . . فإنه يحنث قطعاً إذا كان يصعد إليه من الدار ، كذا في « أصل الروضة»[1]، والذي في الرافعي حكايته في المسقف كله عن «الوسيط»، وزاد عليه : المسقف بعضه[2]، ونازع شيخنا في « تصحيح المنهاج » في الثانية إذا صار في المكشوف ، وقال : صرح الماوردي بأنه لو كان في السطح غرفة فدخلها . . حنث[3]، قال : وهـٰذا يقتضي أنه ما دام في المكشوف لا حنث عليه ، وقول « المنهاج » [ص ٥٤٧] : (**وكذا محوط في الأصح**) أعم من قول « التنبيه » [ص ١٩٥] : (**وقيل : إن كان محجراً . . حنث**) لأن المحوط يتناول ما كان بخشب أو قصب ، بخلاف المحجر ، لكن قال القاضي أبو الطيب : إنه يقال للدار المحوطة : محجرة ، وقال الماوردي : إن المحوط بقصب أو خشب ضعيف لا يحنث بمصيره منه قطعاً[4] ، ومقابل **الأصح** : الحنث إن كان محوطاً من جوانبه الأربعة ، فإن كان من جانب واحد . . فلا ، وإن كان من جانبين أو ثلاثة . . فخلاف مرتب .

٥٧٣٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٧] : (**ولو أدخل رجله . . لم يحنث**) محله فيما إذا لم يعتمد على الداخلة فقط ، فإن اعتمد عليها ـ أي : كان قواه عليها بحيث لو رفع الخارجة . . لم يسقط ـ . . حنث ، صرح به البغوي في « فتاويه » ، بخلاف عكسه ، فإن اعتمد عليها . . ففيه نظر ، قاله في « المهمات » .

قلت : مقتضىٰ إطلاقهم : عدم الحنث .

٥٧٤٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٧] : (**ولو انهدمت فدخل وقد بقي أساس الحيطان . . حنث**) فيه أمران :

أحدهما : أن مقتضاه : الحنث ببقاء الأساس المغيب في الأرض ، وهو بعيد ، وعبارة « الروضة » وأصلها : إن بقيت أصول الحيطان والرسوم . . حنث[5] ، والمتبادر إلى الفهم من هـٰذه العبارة : بقاء شاخص ، وفي « التنبيه » [ص ١٩٥] : (**وإن حلف لا يدخل هـٰذه الدار فصارت عرصة فدخلها . . لم يحنث**) واسم العرصة صادق مع بقاء الأساس المغيب ، وفي « الكفاية » عن « التهذيب » مثل ما في « المنهاج »[6] ، وعن الإمام : إذا انهدم بعضها ؛ فإن كانت تسمىٰ داراً خربة . . حنث بها ، وإن سميت رسوم دار . . فلا[7] .

---

(١) الروضة (١١/ ٢٧) .

(٢) فتح العزيز (١٢/ ٢٨٢) ، وانظر « الوسيط » (٧/ ٢٢٤) .

(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ٣٤٨) .

(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ٣٤٨) .

(٥) فتح العزيز (١٢/ ٣٤٨) ، الروضة (١١/ ٨٤) .

(٦) التهذيب (٨/ ١١٩) .

(٧) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٣٥٢) .

وحكىٰ شيخنا في « تصحيح المنهاج » عن الماوردي : أنه إن لم يمنع المنهدم من سكنىٰ شيء منها . . حنث بدخول المستهدم والعامر ، وإن منع من سكناهما . . لم يحنث بدخول شيء منها ، وإن منع من سكنى المستهدم دون العامر . . حنث بالعامر دون المستهدم[١] ، قال شيخنا : وهـٰذا هو **الأرجح** ؛ فقد نص في « الأم » و« المختصر » علىٰ أنها إذا انهدمت حتىٰ صارت طريقاً ثم دخلها . . لم يحنث ؛ لأنها ليست بدار[٢] ، قال شيخنا : وصيرورتها طريقاً تكون مع بقاء كثير من حيطانها ، ولم يجعله الشافعي رضي الله عنه حانثاً بدخوله في ذلك ، وقال شيخنا قبل ذلك : إن بقاء الأساس المغيب بلا شاخص لا يقتضي الحنث بلا خلاف ، ثم حكىٰ كلام « الروضة » والبغوي والماوردي ، فدل علىٰ أنه يؤوّل كلام البغوي علىٰ بقاء شاخص ، ثم قال : وظهر أن الذي في « المنهاج » إن لم يؤوّل . . غير مستقيم ، ومع تأويله فهو خلاف **الأرجح** .

ثانيهما : أن ظاهره تصوير ذلك بما إذا حلف لا يدخل داراً ؛ فإنه التصوير الذي بدأ به ثم رتب عليه بقية الصور ، لكن الذي في « أصل الروضة » : تصويره بقوله : هـٰذه الدار[٣] ، فلو قال (داراً) . . لم يحنث بفضاء ما كان داراً ، ولو قال : (هـٰذه) فقط . . حنث بالعرصة .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : الذي في « المحرر » إيراد ذلك في الذي حلف لا يدخل دار كذا[٤] ، وهو ناصٌ علىٰ محل الخلاف ، وهو ما إذا حلف لا يدخل هـٰذه الدار فانهدمت . . فإنه يحنث عند المخالفين بدخولها مطلقاً ولو صارت عرصة ، **ومذهبنا** : التفصيل السابق ، وأما إذا حلف لا يدخل داراً . . فإنه يستوي المذهبان فيها ، وإنما ذكروا صورة التعيين ؛ لأنها موضع الخلاف . . ففات المصنف هـٰذا القصد .

٥٧٤١ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٥] : (**وإن أعيدت بنقضها فدخلها . . فقد قيل : يحنث ، وقيل : لا يحنث**) **صحح** في زيادة « الروضة » و« تصحيح التنبيه » : أنه يحنث[٥] ، لكن حكى الرافعي عن الحنفية مسائل : منها : ما لو حلف لا يجلس علىٰ هـٰذه الأسطوانة أو الحائط ، فأعيدت بناؤهما بعد النقض فجلس على المعاد . . لم يحنث ، ثم قال : وبجميع هـٰذه الأجوبة نقول ، إلا في مسألة ، وذكر غير هـٰذه[٦] .

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ٣٥٧) .
(٢) الأم (٧/ ٧٣) ، مختصر المزني (ص ٢٩٤) .
(٣) الروضة (١١/ ٨٤) .
(٤) المحرر (ص ٤٧٥) .
(٥) الروضة (١١/ ٨٨) ، تصحيح التنبيه (٢/ ١٠٣) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٣٥١) .

لكن اعترض عليه النووي : بأن القاضي أبا الطيب صرح في (الصلح) من « تعلقيه » بالحنث في هـٰذه الصورة[1] .

٥٧٤٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٧] : (**وإن صارت فضاءً أو جعلت مسجداً أو بستاناً أو حماماً . . فلا**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : فيه إلباس ؛ لاحتمال جعلها ذلك قبل هدمها أو بعده مع بقاء شيء من جدرانها أو لا ، وذكرها في « المحرر » تبعاً للأصحاب في صورة دار كذا كما تقدم[2] ، والحكم فيها : أنه إن قال : هـٰذه الدار ، فجعلت مسجداً ونحوه قبل هدمها أو بعده مع بقاء شاخص . . يخرج على الخلاف في تغليب الإشارة والعبارة ، وإن لم يبق شيء منها أو كان التصوير في قوله : داراً . . لم يحنث قطعاً .

٥٧٤٣ـ قول « الحاوي » [ص ٦٥٢] : (**والمضاف للملك**) أحسن وأخصر وأعم من قول « المنهاج » [ص ٥٤٧] : (**ولو حلف لا يدخل دار زيد . . حنث بدخول ما يسكنها بملك ، لا بإعارة وإجارة وغصب ، إلا أن يريد مسكنه ، ويحنث بما يملكه ولا يسكنه ، إلا أن يريد مسكنه**) لتناول غير الدار مع تطويل عبارة « المنهاج » وتقديمه ما لا يناط به الحكم ، وهو قوله : (**بدخول ما يسكنها**) فلو قال : (حنث بدخول ما يملكه وإن لم يسكنه إلا أن يريد مسكنه) . . لكان أولىٰ .

نعم ؛ في عبارة « المنهاج » زيادة ، وهي : الحنث بمطلق ما يسكنه إذا أراد بالإضافة : السكنىٰ ، وقد ذكر ذلك « التنبيه » [ص ١٩٥] فقال : (**وإن حلف لا يدخل دار فلان فدخل داراً يسكنها بكراء أو إعارة . . لم يحنث ، إلا أن ينوي ما يسكنها ، وإن حلف لا يدخل مسكن فلانٍ فدخل ما يسكنه بإجارة أو إعارة . . حنث**) وهو يفهم أنه لو دخل ما يسكنه بغصب . . لم يحنث ، ويوافقه قول « الحاوي » [ص ٦٥١] : (**ومسكنه ومغصوبه**) أي : مختلفان ، لكن **الأصح** من زيادة « الروضة » وفي « الشرح الصغير » : أنه يحنث بمغصوبه أيضاً[3] ، والتصحيح في بعض نسخ « الكبير » أيضاً ، وحمل بعضهم كلام « الحاوي » علىٰ ملكه الذي غصب منه دون ما غصبه هو .

٥٧٤٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٧] : (**ولو حلف لا يدخل دار زيدٍ ، أو لا يكلم عبده أو زوجته ، فباعهما أو طلقها فدخل وكلم . . لم يحنث ، إلا أن يقول : « داره هـٰذه » ، أو « زوجته هـٰذه » ، أو « عبده هـٰذا » . . فيحنث ، إلا أن يريد : ما دام ملكه**) فيه أمور :

أحدها : لا بد مع بيعهما من زوال ملكه ، فلو لم يزل بخيار مجلس أو شرط لهما أو للبائع . . حنث إذا قلنا : الملك للبائع أو موقوف ، وفسخ البيع ؛ فإنه تبين أن الملك للبائع . . فيتبين حنث

---

(١) انظر « الروضة » (١١/ ٨٨) .

(٢) المحرر (ص ٤٧٥) .

(٣) فتح العزيز (١٢/ ٣١٥) ، الروضة (١١/ ٥٣ ، ٥٤) .

الحالف ، فلو قال : (فزال ملكه عنهما) . . لكان أحسن وأعم ؛ لتناوله الهبة وغيرها .

ثانيها : لا بد من تقييد الطلاق أيضاً بكونه بائناً ، فلو كان رجعياً . . حنث ؛ لأن الرجعية زوجة .

ثالثها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » في قوله : (**إلا أن يريد ما دام ملكه**) : أي : فلا يحنث إذا كلمهما بعد البيع أو كلمهما بعد الطلاق ، وليس الأمر كذلك ، بل يحنث ، وقال شيخنا ابن النقيب : قوله : (**إلا أن يريد ما دام ملكه**) لم أره في « الروضة » ، ولا بد منه ؛ فلعله في موضع آخر . انتهىٰ[1] .

وهو وارد علىٰ قول « التنبيه » [ص ١٩٥] : (**وإن حلف لا يدخل دار زيد هـٰذه ، فباعها ودخلها . . حنث**) وقد صرح به الإمام ، فقال : ولو نوى اعتبار الملك والإشارة . . نزل لفظه علىٰ نيته[2] .

٥٧٤٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٥] : (**وإن قال : والله ؛ لا دخلت هـٰذه الدار من بابها ، فحول بابها إلىٰ موضع آخر فدخلها . . فقد قيل : لا يحنث وهو ظاهر النص ، وقيل : يحنث وهو الأظهر**) الذي رجحه الرافعي والنووي الحنث كما قال : **إنه الأظهر** ، لكنهما أطلقا الخلاف[3] ، وقيده في « المهذب » و« التهذيب » بما إذا سد الباب الأول[4] ، وجزم به النووي في « نكته » .

٥٧٤٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٧] : (**ولو حلف لا يدخلها من ذا الباب ، فنزع ونصب في موضع آخر منها . . لم يحنث بالثاني ، ويحنث بالأول في الأصح**) التصحيح يرجع إليهما ، واعترضه شيخنا في « تصحيح المنهاج » بأمور :

أحدها : أنه أسقط من « المحرر » وجهاً ، وهو الحمل عليهما جميعاً حتىٰ لا يحنث إذا فقد واحد منهما[5] ، وزاد ما ليس فيه ، وهو وجه بالحنث الثاني ، ولو قال : (حنث بالأول ، وقيل : لا يحنث بواحد منهما) . . لوفىٰ بما في « المحرر » ، وإن أراد ذكر الأوجه الثلاثة . . فليقل : (حنث بالأول ، وقيل : بالثاني ، وقيل : بهما) .

ثانيها : كان ينبغي أن يقول : **على النص** ؛ فإنه منصوص « الأم » و« المختصر » .

ثالثها : تعبيره بالأصح يقتضي قوة الخلاف ، وحنثه بالثاني ضعيف جداً ؛ لأن الدخول إنما يكون من المنفذ ؛ فالحمل على الباب الخشب ضعيف جداً ، بل باطل .

٥٧٤٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٥] : (**وإن حلف لا يدخل بيتاً فدخل بيتاً من شعر أو أدم . . حنث**

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/١٤٨) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٨/٣٥١) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٢/٣١٧) ، و« الروضة » (١١/٥٥) .
(٤) المذهب (٢/١٣٣) ، التهذيب (٨/١٢٠ ، ١٢١) .
(٥) المحرر (ص ٤٧٥) .

علىٰ ظاهر النص) و« المنهاج » [ص ٥٤٧] : (**أو لا يدخل بيتاً . . حنث بكل بيتٍ من طين أو حجرٍ أو آجرٍ أو خشبٍ أو خيمةٍ**) محله : فيما إذا قال ذلك بالعربية ، فلو قال بالفارسية : (درخانه نشوم) . . لم يحنث بالخيمة وبيت الشعر كما حكاه الرافعي عن القفال والإمام والغزالي والروياني وغيرهم ؛ لأن العجم لا يطلقون هٰذا الاسم إلا على المبني ، وفي « التتمة » وجه : أنه لا فرق بين العربية والفارسية[١] ، وعلى الأول مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٤٩] : (**نَهْ خَانَه**) وقوله : (**نَه**) هي فارسية بمعنىٰ : لا ، ولم يكن له حاجة إلى الإتيان بها ، بل لو قال : (لا خانه) . . لكان أحسن ، وأسقط هٰذه المسألة في « الروضة » .

٥٧٤٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٧] : (**ولا يحنث بغار جبل**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هو مخالف للأصل الذي اعتمده الشافعي في بيوت الشعر والجلود ، وهو أنه ثبت لها اسم البيوت في قوله تعالىٰ : ﴿ وَجَعَلَ لَكُم مِّن جُلُودِ ٱلْأَنْعَٰمِ بُيُوتًا ﴾ ، وهٰذا ثابت لما يكون في الجبال من ذلك ؛ كقوله تعالىٰ : ﴿ وَتَنْحِتُونَ ٱلْجِبَالَ بُيُوتًا ﴾ ، وهٰذا موجود في الشام وغيرها يتخذون بيوتاً في الجبال يسكنون فيها ، وهو أحق بالحنث به من الخيمة ونحوها ، وقل من تعرض لغار الجبل ، وهو مذكور في « التهذيب »[٢] ، وهو محمول علىٰ غار لم يتخذ للسكن ، فأما ما اتخذ من ذلك سكناً . . فإنه يحنث به علىٰ أصل الشافعي رضي الله عنه . انتهىٰ .

٥٧٤٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٨] : (**وإن قال : لا دخلت علىٰ فلان ، فدخل علىٰ قوم هو فيهم واستثناه بقلبه . . فقد قيل : لا يحنث ، وقيل : يحنث**) **الأصح** : أنه يحنث ، وعليه مشى « الحاوي » و« المنهاج »[٣] ، لكن قوله : (**وفي قول : إن نوى الدخول علىٰ غيره دونه . . لا يحنث**)[٤] مخالف لظاهر كلام « التنبيه » في أن الخلاف في ذلك وجهان ، وبه صرح « المهذب » تبعاً للشيخ أبي حامد[٥] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **المعتمد** القطع بأنه يحنث ، وطريق الخلاف ضعيف .

٥٧٥٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٨] : (**وإن قال : لا سلمت علىٰ فلان ، فسلم علىٰ قوم هو فيهم واستثناه بقلبه . . لم يحنث ، وإن لم ينو شيئاً . . ففيه قولان**) **الأظهر** : أنه يحنث ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[٦] ، لكن ذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » أمرين :

---

(١) فتح العزيز (١٢/ ٢٨٥) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٣٤٤) ، و« الوجيز » (٢/ ٢٢٧) .
(٢) التهذيب (٨/ ١٢١) .
(٣) الحاوي (ص ٦٥٤) ، المنهاج (ص ٥٤٧) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥٤٧) .
(٥) المهذب (٢/ ١٣٨) .
(٦) الحاوي (ص ٦٥٤) ، المنهاج (ص ٥٤٨) .

أحدهما : أن محلهما في سلام غير الصلاة ، فأما السلام في الصلاة . . فلا يحنث الحالف به سواء أكان إماماً أو مأموماً أو منفرداً والمحلوف عليه هناك غير مصل ، وهـٰذا مخالف للمنقول في « أصل الروضة » : أنه لو سلم من صلاته والمحلوف عليه من المأمومين . . ففيه هـٰذا التفصيل[1] ، لكن رده شيخنا ، وقال : إنما أخذه الرافعي من « الشامل » ، وإنما ذكره في « الشامل » بحثاً فقال : إنه الذي يقتضيه المذهب ، قال شيخنا : والمحلوف عليه إنما هو السلام الخاص الذي يحصل به الأنس وزوال الهجران ، وهـٰذا إنما يكون في السلام في غير الصلاة .

ثانيهما : قال شيخنا : عندي في إثبات القولين في هـٰذه الصورة وقفة ؛ فإنما وجدتهما منصوصين في « الأم » و« المختصر » فيما إذا حلف لا يكلمه ، فسلم علىٰ قوم هو فيهم وأطلق[2] ، ولا يلزم من إثباتهما في هـٰذه الصورة ثبوتهما فيما إذا حلف لا يسلم عليه ؛ لأن هـٰذا يُعد في العرف سلاماً عليه ولا يعد كلاماً له ؛ **فالصواب** : القطع في هـٰذه الصورة بالحنث ، ثم لا يخفىٰ أن محل الحنث إذا علم أنه فيهم ، فإن لم يعلم به . . يخرج علىٰ قولي حنث الجاهل ، وهو معروف مما سبق ، والله أعلم .

فصل

[في أنواع من الحلف على الأكل وعدمه]

٥٧٥١ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٦] : (**وإن حلف لا يأكل الرؤوس . . لم يحنث إلا بما يباع منفرداً وهي رؤوس الإبل والبقر والغنم**) و« الحاوي » [ص ٦٥١] : (**والرأس للنعم**) المراد : حيث لا نية له كما صرح به « المنهاج »[3] ، فلو قصد نوعاً ولو سمكاً وصيداً . . اختص به ، أو ما يسمىٰ رأساً . . عمَّ ، قاله في « التتمة » .

فإن قيل : لم نر رؤوس الإبل والبقر تباع منفردة .

قلت : اعتبر الشافعي رحمه الله في ذلك ما يؤكل مقصوداً غير تابع وإن اختلفت العادة في أكله ، فلا تعتبر العادة في الأكل ، وإنما يعتبر العرف القائم في الاسم ، فيعلق الحكم به ، كذا قال الشيخ أبو حامد .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ويرد علىٰ هـٰذا رؤوس الخيل ؛ فإنها تؤكل مقصودة غير تابعة وإن اختلفت العادة في أكلها ، فيضم إلىٰ ذلك مع غلبة ذبح ذلك الحيوان ، فيخرج الخيل ، قال : ولم أر من تعرض لذلك .

---

(١) الروضة (١١/٦٥) .

(٢) الأم (٧/٨٠) ، مختصر المزني (ص ٢٩٦) .

(٣) المنهاج (ص ٥٤٨) .

٥٧٥٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٦] : (**وإن كان في بلد تباع فيه رؤوس الصيد منفردة . . حنث بأكلها**) ظاهره اعتبار نفس البلد الذي فيه العرف ، وفي ذلك وجهان في « أصل الروضة » : ثانيهما : أن المعتبر كون الحالف من أهله[١] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو **الأرجح** ؛ لأنه يسبق إلىٰ فهمه ما ذكر عنده من عرف بلده ، وعلى الأول : فيستثنىٰ منه : ما إذا كان الحالف من غير أهلها ولم يبلغه عرفها ثم جاء إليها . . فإنه لا يحنث بذلك قطعاً ، إلا في وجه غريب حكاه في « التتمة » .

وقول « الحاوي » [ص ٦٥١] : (**والظبي إن اعتيد ، لا الطير والسمك**) تخصيصه الظبي بالاعتياد دون الطير والسمك تبع فيه الغزالي[٢] ، والحكم في الجميع متحد ، وقد اعترض الرافعي على الغزالي في ذلك فقال : كلامه يوهم تخصيص الاستثناء برأس الظبي ، ولا يختص به ، بل الحكم في الظبي والطيور واحد[٣] ، وعليه مشى « المحرر » و« المنهاج »[٤] .

٥٧٥٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٦] : (**وإن كان في بلد لا تباع فيه . . فقد قيل : يحنث ، وقيل : لا يحنث**) **صحح النووي** في « تصحيح التنبيه » : أنه لا يحنث[٥] ، ويوافقه قول « المنهاج » [ص ٥٤٨] : (**لا طير وحوت وصيد ، إلا ببلد تباع فيه منفردة**) لكن في « الروضة » وأصلها : إن أقوى الوجهين : الحنث ، وهو أقرب إلىٰ ظاهر النص[٦] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : عندي أن **الأرجح** ما اقتضاه كلام المصنف وفاقاً للشيخ أبي حامد والروياني ، قال : والأول مقيد بما إذا انتشر ذلك العرف بحيث بلغ الحالف وغيره ، وإلا . . فلا حنث . انتهىٰ .

وقول « الحاوي » [ص ٦٥١] : (**إن اعتيد**) يحتمل اختصاص ذلك ببلد العادة فقط ، فيوافق « التصحيح » و« المنهاج » ، ويحتمل التعميم ، فيوافق الأقوىٰ في « الروضة » .

٥٧٥٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٨] : (**والبيض يحمل علىٰ مُزايل بائضه في الحياة**) و« الحاوي » [ص ٦٥١] : (**والبيض ما يبين في الحياة**) قد يفهم منهما : أنه لا يحنث بالبيضة الخارجة من الدجاجة بعد موتها ، وليس كذلك **على الأصح** عند النووي[٧] ، لكن المراد : الذي من شأنه ذلك ،

---

(١) الروضة (١١/٣٧) .
(٢) انظر « الوجيز » (٢/٢٢٧) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٢/٢٩٥) .
(٤) المحرر (ص ٤٧٦) ، المنهاج (ص ٥٤٨) .
(٥) تصحيح التنبيه (٢/١٠٤) .
(٦) فتح العزيز (١٢/٢٩٤) ، الروضة (١١/٣٧) .
(٧) انظر « الروضة » (١١/٣٨) .

وليس المراد : مزايل بائضه في الحياة بالفعل ، ولا يرد ذلك علىٰ قول « التنبيه » [ص ١٩٦] : (**لم يحنث إلا بما يفارق بائضه**) لعدم تقييده ، وقد يفهم من تمثيل « المنهاج » بالدجاج والنعامة والحمام[(١)] ، و« الحاوي » بالنعام والعصفور[(٢)] تخصيص الحنث ببيض المأكول ، لكن **صحح** في « شرح المهذب » : طهارة بيض غير المأكول ، وقال : إذا قلنا بطهارته . . جاز أكله بلا خلاف[(٣)] ، ومقتضاه : الحنث به ، لكن قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إن ذلك مخالف لنص « الأم » و« النهاية » و« التتمة » و« البحر » في منع أكل بيض ما لا يؤكل لحمه ولو قلنا بطهارته ، قال : وليس في كتب المذهب ما يخالف ذلك ، وحينئذ . . فيأتي في الحنث بأكله الخلاف فيمن حلف لا يأكل لحماً فأكل ميتة ، وسيأتي .

٥٧٥٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٨] : (**واللحم علىٰ نعم وخيل ووحش وطير**) أي : مأكول ، فما لا يؤكل ؛ كميتة وخنزير وذئب وحمار . . فيه وجهان ، **رجح** القفال وغيره : الحنث ، والشيخ أبو حامد والروياني : عدمه ، قال النووي : وهو **أقوىٰ**[(٤)] .

وهل يحنث المحرم بما اصطيد لأجله ؟ قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لم أر من تعرض له ، **والأقوىٰ** فيه : الحنث ؛ لحله لغيره .

٥٧٥٦ـ قوله : (**وكذا كرش وكبد وطحال وقلب في الأصح**)[(٥)] عبر « الروضة » في الثلاث الأول بالمذهب ، وكذا في الرئة والأمعاء ، وفي القلب **بالأصح**[(٦)] .

٥٧٥٧ـ قوله : (**والأصح : تناوله لحم رأس ولسان**)[(٧)] **رجح** في « أصل الروضة » القطع به ، فقال : **على المذهب** ، وقيل : وجهان[(٨)] ، وكان ينبغي أن يقول : (ولساناً) بالنصب ؛ لأن اللسان كله لحم ، فلا يقال فيه : لحم لسان ، وكونه من إضافة الاسم إلىٰ ما يتّحد به معنىً بتأويل ، أو من عطف الجوار . . فيه بعد .

٥٧٥٨ـ قول « التنبيه » فيما لو حلف لا يأكل لحماً [ص ١٩٦] : (**وإن أكل من الشحم الذي على الظهر . . حنث**) و« المنهاج » [ص ٥٤٨] : (**والأصح : تناوله شحم ظهر وجنب**) وهو مفهوم من

---

(١) المنهاج (ص ٥٤٨) .
(٢) الحاوي (ص ٦٥١) .
(٣) المجموع (٢/٥١٣) .
(٤) انظر « الروضة » (١١/٣٩) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٥٤٨) .
(٦) الروضة (١١/٤٠) .
(٧) انظر « المنهاج » (ص ٥٤٨) .
(٨) الروضة (١١/٤٠) .

كون « الحاوي » قيد الشحم الذي يغاير اللحم بأنه شحم البطن[1] .

نازع فيه شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : **الأصح** عندنا : أنه لا حنث بذلك ؛ لأنه في اللغة والعرف يسمىٰ شحماً ولا يسمىٰ لحماً ، وذلك يأتي أيضاً في قول « المنهاج » [ص ٥٤٨] : (**وأن شحم الظهر لا يتناوله الشحم**) .

٥٧٥٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٨] : (**والدسم يتناولهما** ـ أي : الألية والسنام ـ **وشحم ظهر وبطن وكل دهن**) فيه أمران :

أحدهما : كيف يدخل شحم الظهر في الدسم مع أنه عنده لحم ، واللحم لا يدخل في الدسم ؟ .

ثانيهما : ينبغي تقييد الدهن بالمأكول ؛ ليخرج ما لا يؤكل عادة ؛ كدهن الخروع ونحوه ، وما لا يؤكل شرعاً بناء على **الأقوىٰ** أنه لا يحنث بأكل الميتة ونحوها .

٥٧٦٠ـ قوله : (**ولحم البقر يتناول جاموساً**)[2] نازع فيه شيخنا في « تصحيح المنهاج » وقال : **الأصح** : عدم الحنث به ؛ للعرف إلا أن يكون الحالف قد بلغه الأمر الشرعي حتىٰ يكون حلفه منصباً إليه ، قال : ويجري ذلك في كل موضع قدم فيه الشرعي على اللغوي والعرفي ، فشرطه : معرفة الحالف بلغة الشرع في ذلك .

٥٧٦١ـ قوله : (**ولو قال : لا آكل هـٰذه الحنطة . . حنث بها مطبوخة**)[3] استثنىٰ منه شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ما إذا طبخت بحيث زال اسم الحنطة عنها . . فلا يحنث بذلك المطبوخ كما لا يحنث بدقيقها ونحوه .

٥٧٦٢ـ قوله : (**أو « لا أكلم ذا الصبي » فكلمه شيخاً . . فلا حنث في الأصح**)[4] لا يتوقف ذلك على الشيخوخة ، بل لو كلمه بعد زوال الصبا ومصيره شاباً . . كان كذلك ، وفي « أصل الروضة » بعد **تصحيح** ذلك : وذكر الصيدلاني أن الشافعي رحمه الله نص علىٰ عدم الحنث في مسألة الحنطة والتمر ، وعلى الحنث في مسألة الصبي والسخلة ، فقيل : قولان ، وقيل : بتقرير النصين ، والفرق من وجهين :

أحدهما : أن في مسألة الحنطة والتمر تبدل الاسم ، وفي السخلة والصبي تبدلت الصفة ، وتبدل الصفة لا يسقط الحنث .

---

(١) الحاوي (ص ٦٥١) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٤٨) .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٤٨) .

(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥٤٩) .

والثاني : أن التبدل في الأول بمعالجة بخلاف الثاني . انتهىٰ[١] .

فاعتمد شيخنا في «تصحيح المنهاج» هٰذا النص ، وقال : كان ينبغي أن يقال : حنث على النص .

٥٧٦٣ـ قوله : (**والخبز يتناول كل خبز**)[٢] استثنىٰ منه شيخنا : الخبز الذي يحرم أكله ، وهو خبز الحشيشة المفترة علىٰ قياس عدم الحنث بأكل الميتة ، وقال : لم أر من تعرض له .

وبيض النووي في « الروضة » لحكم البسيس والرقاق والبقسماط[٣] ، وينبغي الحنث بها إن اعتمدنا اللغة ، وعدمه إن اعتمدنا العرف .

وفي « المهمات » عن الجوهري : أن البسيس هو : أن يلت السويق أو الدقيق أو الأقط المطحون بالسمن أو بالزيت ، ثم يؤكل من غير طبخ ، وأنشد :

لا تخبزا خبزاً وبساً بساً[٤] .

قال : وإذا علمت ما ذكره تفسيراً واستدلالاً . . قطعت بأنه لا يحنث بالبسيس .

قلت : لكن أهل العرف لا يطلقون البسيس إلا علىٰ نوع من الرقاق يقلىٰ بالشيرج ثم يُبَسُّ بالعسل[٥] .

قال في « المهمات » : وأما البقسماط . . فقد سماه الجوهري خبزاً ، والرقاق في معناه .

نعم ؛ أهل العرف لا يسمون ذلك خبزاً . انتهىٰ .

ورجح في « أصل الروضة » : عدم الحنث فيما لو أكل جوزنيقاً[٦] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهٰذا الخلاف يجري في الخشكنان [والكنافة][٧] ونحوهما ، والمكفن من هٰذه المادة ، لكن قد يسمىٰ بعض هٰذه الأنواع مخبوزاً ، فيقرب الحنث فيه .

٥٧٦٤ـ قوله : (**فلو ثرده فأكله . . حنث**)[٨] محله : ما إذا لم يصر في المرقة كالحشو ، فإن كان كذلك فتحساه . . فلا ؛ ولهٰذا قال في « التنبيه » [ص ١٩٦] : (**وإن حلف لا يأكل الخبز فشرب الفتيت . . لم يحنث**) ومقتضاه : أنه لو أكله . . حنث ، وحمله في « الكفاية » على الرطب ، قال :

---

(١) الروضة (١١/ ٦٠) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٤٩) .

(٣) الروضة (١١/ ٣٩) .

(٤) انظر « الصحاح » (٣/ ٩٠٨) .

(٥) أي : يخلط بالعسل .

(٦) الروضة (١١/ ٣٩) .

(٧) في جميع النسخ : (والكنا) .

(٨) انظر « المنهاج » (ص ٥٤٩) .

أما اليابس المدقوق . . فلا حنث بأكله فيما يظهر ؛ لأنه استجد اسماً آخر .

٥٧٦٥ـ قوله : (**وإن حلف لا يذوق شيئاً ، فمضغه ولفظه . . فقد قيل : يحنث ، وقيل : لا يحنث**)[١] **الأصح** : الأول .

٥٧٦٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٩] : (**ولو حلف لا يأكل سويقاً ، فسفه أو تناوله بإصبع . . حنث**) محله فيهما : ما إذا لاكه ثم ازدرده ، فلو ابتلعه من غير لوك . . فلا يسمىٰ أكلاً ، ولا يحنث به **في الأصح** كما ذكره في « أصل الروضة » في أواخر (الطلاق) ، لكنه قال هنا : إن ابتلع السكر من غير مضغ . . فقد أكله كما لو ابتلع الخبز علىٰ هيئته[٢] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٥١] : (**وابتلاع السكر والخبز أكله**) .

٥٧٦٧ـ قوله : (**وإن جعله في ماء فشربه . . فلا**)[٣] كذا في « المحرر » و« أصل الروضة »[٤] ، ووقع في « شرح الرافعي » الحنث[٥] .

قال شيخنا ابن النقيب : كذا رأيته فيه ، وقال الشيخ برهان الدين بن الفركاح : أنه رأىٰ ذلك في نسختين منه ، وكأنه سبق قلم من النساخ ، والله أعلم . وكذا قال في « المهمات » : إنه غلط .

نعم ؛ لو كان خاثراً يؤخذ بالملاعق . . **فالأصح** : أنه ليس بشرب[٦] .

٥٧٦٨ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**ويدخل في فاكهة رطب وعنب ورمان**)[٧] مقتضاه : عدم دخول البلح والحصرم في ذلك ، وبه صرح في « التتمة » .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ومحله في البلح في غير الذي احمر واصفر وحلا وصار بسراً ، أو ترطب بعضه ولم يصر رطباً ، فأما ما وصل إلىٰ هـٰذه الحالة . . فلا توقف علىٰ أصل الشافعي في أنه من الفاكهة ؛ فكان ينبغي ذكر البسر والمنصّف ، ولا بد من تقييد الرمان بالنضج ؛ فقبل ذلك هو كالحصرم ، وكذلك لا بد من تقييد الأترج بصلاحيته للتفكه به .

٥٧٦٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٩] : (**ورطب ويابس**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : يرد عليه الليمون إذا يبس ؛ فإنه لا يتخيل أحد بقاء اسم الفاكهة عليه إن سلم كونه فاكهة حال كونه رطباً . انتهىٰ .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٩٦) .
(٢) الروضة (١١/ ٤٢) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٤٩) .
(٤) المحرر (ص ٤٧٦) ، الروضة (١١/ ٤٢) .
(٥) فتح العزيز (١٢/ ٣٠١) .
(٦) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ١٥٤) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ١٩٧) ، و« الحاوي » (ص ٦٥١) ، و« المنهاج » (ص ٥٤٩) .

و« الحاوي » وإن قال [ص ٦٥١] : (**كاليابس**) لكنه لم يذكر الليمون في الفواكه ، وإنما ذكره « المنهاج » من زيادته[١] ، وقال شيخنا المذكور : لم أجده إلا في كلام « التتمة » ، وهو عندنا مردود ؛ فليس الليمون من الفاكهة عرفاً ، وإنما يصلح به بعض الأطعمة ، فهو كالملح أو الخل ، وكذا ذكر في « التتمة » النارنج ، قال شيخنا : وهو ممنوع عندنا كالليمون وإن كان يطلق عليهما فاكهة لغة .

وقال شيخنا ابن النقيب : كذا رأيته بخط المصنف بالنون ، والمعروف ليمو بغير نون[٢] .

وفي « التتمة » : أن الفاكهة لا تتناول اليابس ، وتوقف الرافعي في إثباته[٣] ، وفي « المهمات » : إنه أوجه مما رجحه الرافعي .

٥٧٧٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٩] و« الحاوي » [ص ٦٥١] : (**لا قثاء وخيار**) مخالف لمقتضىٰ نص « الأم » في (باب وقت بيع الفاكهة) فإنه ذكر فيه القثاء والخربز[٤] ، وهو البطيخ ، وقد **صحح النووي** : أن البطيخ من الفاكهة[٥] ، فكذلك القثاء ، وفي معناه الخيار .

٥٧٧١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٩] : (**ولا يدخل في الثمار يابس**) نازع فيه شيخنا في « تصحيح المنهاج » وقال : ذكره الإمام والمتولي[٦] ، **والصواب** : إطلاقهما على اليابس ، وفي « الأم » : (وثمار الحجاز كما عملت كلها تكون تمراً وزبيباً ، إلا أن يكون شيئاً لا أعرفه)[٧] ، وقال الخليل : الفاكهة : الثمار كلها ، وأهل العرف يطلقون عليها ثماراً بعد اليبس .

٥٧٧٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٩] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٦٥١] : (**ولو أطلق بطيخ وتمر وجوز . . لم يدخل هندي**[٨]) فيه أمران :

أحدهما : كون البطيخ لا يتناول الهندي وهو الأخضر ، ذكره القاضي حسين والبغوي حملاً له على الربا ؛ فإنهما جنسان[٩] ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وليس بصحيح ؛ فإذا أطلق البطيخ في الديار المصرية . . تناولهما ، بل في الأخضر زيادة وهو استمراره جميع السنة ، بخلاف الأصفر ، فينقطع أكثر السنة ، فإن كان اختصاصه **بالأصفر** عرف العجم . . فيمكن أن يختص بلادهم .

---

(١) المنهاج (ص ٥٤٩) .
(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ١٥٥) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٣٠٣) .
(٤) الأم (٣/ ٦٤ ، ٦٥) .
(٥) انظر « الروضة » (١١/ ٤٣) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٤١٥) .
(٧) الأم (٢/ ٣٢) .
(٨) في (ج) ، (د) : (الهندي) .
(٩) انظر « التهذيب » (٨/ ١٣١) .

ثانيهما : قال شيخنا أيضاً : إن كان في الهند أو غيره . . يغلب إطلاق الجوز على الهندي ، أو حلف من يفهم عند الإطلاق منه الهندي . . فإني أحنثه به .

٥٧٧٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٤٩] : (**والطعام يتناول قوتاً وفاكهة وأدماً وحلوىٰ**) يقتضي أنه لا يتناول الدواء ، وفيه وجهان بلا ترجيح في « الروضة »[1] ، وجزم الماوردي بأنه لا يحنث به[2] ، ونازع شيخنا في « تصحيح المنهاج » في ذلك ، وقال : عرف أهل الديار المصرية أن الطعام هو المطبوخ ، فلا يحنث إلا به ، ومن أمر غيره بشراء طعام ، فاشترىٰ له شيئاً من الحبوب أو الفواكه . . عد من الحمقىٰ ، والأيمان لا تناط بما يناط به الربا ، وإنما ينظر فيها إلى اللغة إن لم يعارضها عرف شرعي أو عادي ، قال : ونقل عن عرف الحجاز إطلاق الطعام على البر ، فإن كان عرفهم هـٰذا . . حملت أيمانهم عليه .

٥٧٧٤ـ قوله : (**ولو قال : « لا آكل من هـٰذه البقرة » . . تناول لحمها**)[3] قال شيخنا ابن النقيب : كذا في « الروضة » ، فما أدري هل يختص به أو يتناول الشحم والألية والكبد وغيرها مما يؤكل منها ؟ والذي يظهر التناول ، وإنما ذكر اللحم ؛ لإخراج اللبن والولد ، وفي الجلد احتمال[4] ، وجزم شيخنا في « تصحيح المنهاج » بتناوله جميع ما يُؤكل منها .

٥٧٧٥ـ قوله : (**أو « من هـٰذه الشجرة » . . فثمرٌ دون ورقٍ وطرفِ غصنٍ**)[5] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : والجمار كالتمر ، وإن أكل الورق في بلد أكلاً متعارفاً ؛ كورق بعض شجر الهند ـ فقد أخبرني الثقة أنهم يأكلونه ، وأنه مثل الحلوىٰ أو أحسن ـ . . حنث به أيضاً[6] .

٥٧٧٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٦] : (**وإن حلف لا يأكل أدماً ، فأكل الثمر . . لم يحنث ، وقيل : يحتمل أن يحنث**) هو وجه مشهور ، وهو الأصح .

فصل

[في أنواع من الأيمان]

٥٧٧٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٠] : (**أو ليأكلن ذا الطعام غداً فمات قبله . . فلا شيء عليه**) فيه أمران :

---

(١) الروضة (١١/ ٤٤) .

(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ٤٤٣) .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٤٩) .

(٤) السراج علىٰ نكت المنهاج (٨/ ١٥٥ ، ١٥٦) ، وانظر « الروضة » (١١/ ٥٥) .

(٥) انظر « المنهاج » (ص ٥٤٩) .

(٦) انظر « مغني المحتاج » (٤/ ٣٤٢) .

أحدهما : أنه جزم هنا مع حكاية القولين فيما إذا مات في الغد قبل تمكنه من أكله ، وتبع فيه البغوي[1] ، وسوى الإمام والغزالي بينهما في إجراء الخلاف[2] ، **ورجحه** شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، ويوافق تسوية البغوي والرافعي والنووي في قوله : لأقضين حقك غداً بين موته قبل الغد وبعده وقبل التمكن في إجراء القولين[3] ، ولا فرق بين أكل الطعام وقضاء الحق[4] ؛ ولهذا عبر « الحاوي » بعبارة شاملة لهما ولغيرهما ، فقال [ص ٦٤٧] : (**وأفعل غداً**) وفي « التنبيه » في الحلف على الأكل غداً : (**وإن تلف في يومه . . فعلىٰ قولين في المكره**)[5] ، وفي « المنهاج » [ص ٥٥٠] : (**وإن تلف أو أتلفه أجنبي . . فكمكره**) ولا فرق بين تلف الطعام وموت الحالف .

ثانيهما : استثنىٰ منه شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ما إذا قتل نفسه قبل مجيء الغد ذاكراً للحلف مختاراً . . فإنه يحنث كما لو أتلف الطعام قبل الغد ، فإن كان مكرهاً أو ناسياً للحلف . . ففيه قولا حنث المكره والناسي ، ولم أر من تعرض لذلك .

٥٧٧٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٨] : (**وإن تلف من الغد وتمكن من أكله . . فقد قيل : يحنث ، وقيل : على القولين وهو الأشبه**) جزم في « المنهاج » بالطريقة الأولىٰ فقال [ص ٥٥٠] : (**وإن مات أو تلف الطعام في الغد بعد تمكنه من أكله . . حنث**) وكذا قال « الحاوي » [ص ٦٤٧] : (**فتمكن فعجز**) وفي « الروضة » : **إنه المذهب** ؛ لأنه تمكن من البر ، فصار كما لو قال : لآكلن هذا الطعام ، **وتمكن** من أكله فلم يأكله حتىٰ **تلف** . . فإنه يحنث قطعاً[6] ، وعبارة الرافعي : **الأظهر** وإن ثبت الخلاف : أنه يحنث ، وإليه ميل الأكثرين ، والطريقة الثانية أشبه عند الروياني[7] ، وأطلق في « الشرح الصغير » أن الأشبه طرد الخلاف ، ولم ينقله عن الروياني .

ونازع شيخنا في « تصحيح المنهاج » في النقل عن الأكثرين مع ثبوت الخلاف ، وقال : استقر الجواب عندنا أنه لا يحنث مع بقاء وقت يمكن فيه البر لو بقي الطعام ، واستدل لذلك بقول الشافعي رضي الله عنه في « الأم » : (لو حلف ليعطينه حقه غداً ، فمات من الغد بعلمه أو بغير علمه . . لم يحنث)[8] ، قال : ولم يفرق بين أن يتمكن الحالف من إعطائه في الغد وبين ألاَّ يتمكن ، وأشار إلىٰ ذلك بقوله : (بعلمه أو بغير علمه) .

---

(١) انظر « التهذيب » (٨/١٣٦) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٨/٣٦٧) ، و« الوجيز » (٢/٢٣٠) .
(٣) في (ج) : (في إجراء القولين في المكره) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٢/٣٣٣) ، و« الروضة » (١١/٦٩) .
(٥) التنبيه (ص ١٩٨) .
(٦) الروضة (١١/٦٨) .
(٧) فتح العزيز (١٢/٣٣٢) .
(٨) الأم (٧/٧٦) .

٥٧٧٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٠] : (**وقبله قولان كمكره**) لا يخفىٰ أن **الأصح** : عدم الحنث ، ثم هو مقيد في الموت بألاَّ يقتل نفسه كما سبق ، وفي صورة تلف الطعام بألاَّ ينسب إلىٰ تقصير في تلفه ، فلو أكلته هرة أو صغير مع إمكان دفعه فلم يدفعه . . حنث .

٥٧٨٠ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وإن أتلفه بأكل أو غيره قبل الغد . . حنث**)[١] لا يخفىٰ أن محله : فيما إذا كان ذاكراً حلفه مختاراً في أكله ، وإلا . . ففيه قولا المكره .

٥٧٨١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٠] : (**أو « لأقضينّ حقك عند رأس الهلال » . . فليقض عند غروب الشمس آخر الشهر ، فإن قدَّم أو مضىٰ بعد الغروب قدر إمكانه . . حنث**) تبع « المحرر » في قوله : (**آخر الشهر**)[٢] ، وهو وهم ؛ فإنه يحنث بالقضاء آخر الشهر ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٦٤٥] : (**أو « أقضي حقك رأس الشهر » ، فقدَّم الهلال أو أخَّر**) .

قال الرافعي : وذكر الإمام والغزالي أن هـٰذا لا يكاد يقدر عليه ، فإما أن يتسامح فيه ويقنع بالممكن ، أو يقال : التزم محالاً ، فيحنث بكل حال وهـٰذا لا ذاهب إليه ، وقال بعض الأصحاب : إن له فُسْحَةً في الليلة الأولىٰ ويومها ؛ لأن اسم رأس الهلال ورأس الشهر يقع عليهما[٣] ، واقتصر في « الروضة » على المحكي عن بعض الأصحاب ، وأهمل البحث الأول[٤] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : التسامح والقناعة بالممكن هو الذي يذهب إليه ويعول عليه ، وفي « الحاوي » للماوردي : فإن شرع في حمله إليه مع رأس الشهر وكان بعيد الدار منه حتىٰ مضت الليلة أو أكثرها . . لم يحنث ؛ لأنه الإمكان[٥] .

٥٧٨٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٠] : (**أو لا يتكلم فسبَّح . . فلا حنث**) و« الحاوي » [ص ٦٥٤] : (**لا التسبيح والتهليل والتكبير والدعاء**) نازع فيه شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : **الأرجح** : أنه يحنث ؛ لأنه تكلم ، ولكنه لم يكلم الناس ، وهو لم يحلف علىٰ ألاَّ يكلم الناس ، وفي « الشامل » لابن الصباغ : أصحابنا لم يذكروه ، والذي يقتضيه القياس : أن يحنث ، فعرف بذلك[٦] أن العراقيين لم يذكروا هـٰذا الفرع ، وفي « البيان » : أن ابن الصباغ ذكر في ذلك وجهين ،

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٩٨) ، و« الحاوي » (ص ٦٤٧) ، و« المنهاج » (ص ٥٥٠) .
(٢) المحرر (ص ٤٧٧) .
(٣) فتح العزيز (١٢/ ٣٣٤) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٣٧١) ، و« الوسيط » (٧/ ٢٤٩ ، ٢٥٠) .
(٤) الروضة (١١/ ٧١) .
(٥) الحاوي الكبير (١٥/ ٣٧٣) .
(٦) البيان (١٠/ ٥٥٥) .

وجزم البغوي والمتولي وغيرهما بأنه [لا] يحنث[1] ، وحكاه الإمام عن الأصحاب ، ثم ذكر مقابله احتمالاً[2] .

٥٧٨٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٠] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٦٥٤] : **(أو لا يكلمه فسلم عليه . . حنث)** استثنىٰ منه شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ما لو سلم عليه سلام التحلل من الصلاة ، وهـٰذا علىٰ طريقته ، والمنقول في « أصل الروضة » : عدم الحنث بذلك كما تقدم[3] .

٥٧٨٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٠] : **(وإن كاتبه أو راسله وأشار إليه بيدٍ أو غيرها . . فلا في الجديد)** يقتضي أن مقابله قديم ، وذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » : أن القولين في « الأم » و« المختصر »[4] ، وأطلقهما « التنبيه » فقال [ص ١٩٧] : **(لم يحنث في أصح القولين)** ودخل في كلامهما : إشارة الأخرس ؛ فلا يحنث بها ، وإنما نزلنا إشارته منزلة نطقه في العقود والفسوخ ؛ للضرورة .

٥٧٨٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٠] : **(وإن قرأ آية أفهمه بها مقصوده وقصد قراءة . . لم يحنث ، وإلا . . حنث)** يقتضي الحنث فيما إذا لم يقصد تفهيماً ولا قراءة ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **المعتمد** أنه لا يحنث في هـٰذه الصورة ؛ لأنه لم يكلمه ، ولا ينافي هـٰذا أنه لا يحرم على الجنب مثل ذلك ، وتبطل الصلاة عند من قال بذلك ؛ لأن مدركه أنه ليس بقرآن إذا لم يقصده ، ولا يلزم من ذلك الحنث به ؛ لأن المحلوف عليه أمر مخصوص ، وهو ألاَّ يكلم زيداً ، فلو حلف ألاَّ يتكلم . . حنث بذلك ؛ لأنه تكلم .

٥٧٨٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٧] : **(وإن حلف لا مال له وله دين . . فقد قيل : يحنث ، وقيل : لا يحنث)** **الأصح** : الحنث ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي » ، ولو كان الدين مؤجلاً كما صرحا به[5] ، ولو كان علىٰ معسر كما صرح به « الحاوي »[6] ، وهو مقتضىٰ إطلاق « المنهاج » .

واستثنىٰ منه شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ما إذا مات المديون ولم يخلف تركة . . فإنه صار في حكم العدم ، واستثنىٰ أيضاً من مطلق الدين : الحال والمؤجل : الدين الذي للسيد على

---

(١) في جميع النسخ : (وجزم البغوي والمتولي وغيرهما بأنه يحنث) ، والمثبت هو الصواب ؛ لأن الذي جزم به البغوي في « التهذيب » (٨/ ١٤١) : أنه لا يحنث ، والذي حكاه الإمام في « النهاية » (١٨/ ٤٠٠) عن الأصحاب : أنه لا يحنث .

(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٤٠٠) .

(٣) الروضة (١١/ ٦٤) .

(٤) الأم (٧/ ٨٠) ، مختصر المزني (ص ٢٩٦) .

(٥) الحاوي (ص ٦٥٢) ، المنهاج (ص ٥٥٠) .

(٦) الحاوي (ص ٦٥٢) .

المكاتب ؛ فلا يحنث به ؛ لتعليلهم الحنث بأنه تجب فيه الزكاة ، ولا زكاة في هـٰذا الدين بناء علىٰ سقوطه بالتعجيز ، وهو **الأصح** .

٥٧٨٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٠] : (**إنه يحنث بالمدبر ، ومعلّق عتقه**) و« الحاوي » [ص ٦٥٢] : (**بالمدبر**) محله في مدبر الحالف ، فأما مدبر مورث الحالف الذي تأخر عتقه لصفة اعتبرت في عتقه من دخول دار ونحوه . . فلا يحنث به الوارث الحالف ، وكذا لا يحنث الوارث بالموصىٰ بإعتاقه بعد موت الموصي .

٥٧٨٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٠] و« الحاوي » [ص ٦٥٢] : (**لا مكاتب**) و« التنبيه » [ص ١٩٧] : (**وإن حلف ما له رقيق أو ما له عبد وله مكاتب . . لم يحنث في أظهر القولين**) ويستثنىٰ منه : المكاتب كتابة فاسدة . . فيحنث به ؛ لأنه يملك التصرف فيه ، صرح به الماوردي في تصوير « التنبيه » ، وقول « المنهاج » [ص ٥٥٠] : (**في الأصح**) يقتضي أن الخلاف وجهان ، وقد عرفت أنه في « التنبيه » قولان ، وعبارة « الروضة » : على **الأصح** ، وقيل : **الأظهر** ، وقيل : قطعاً[١] .

٥٧٨٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٠] : (**أو ليضربنه . . فالبر بما يسمىٰ ضرباً ، ولا يُشترط إيلام**) كذا في « أصل الروضة » هنا أنه لا يشترط ، بخلاف الحد والتعزير ؛ لأن مقصودهما الزجر ، ويكتفىٰ في اليمين بالاسم ، وحُكي وجه ضعيف أنه يشترط ، وقد سبق في (الطلاق) . انتهىٰ[٢] .

والذي سبق في « الروضة » في الطلاق **تصحيح** اشتراطه[٣] ، وقال الرافعي هناك : إنه **الأشهر**[٤] ، لكنه هناك في « الشرح الصغير » حكىٰ عدم اشتراطه عن الأكثرين .

قال في « المهمات » : وهو يقتضي أن ما وقع في « الكبير » هناك من كون الأشهر هو الاشتراط غلط حصل من سبق قلم أو تحريف من الناقلين من المسودة .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : والخلل فيما وقع في الطلاق ؛ فإن الذي ذكره الأصحاب في الطريقين هنا : أنه لا يشترط الإيلام ، وينسبون خلاف ذلك للإمام مالك ، ويقيمون الحجة للمذهب ، فعرف أن الذي في « المنهاج » هنا صحيح ، لكنه خالفه بقوله بعده : (فوصله ألم الكل)[٥] فإن أوّل علىٰ أنه أراد نقل الكل . . اتفق الكلامان .

٥٧٩٠ـ قوله : (**إلا أن يقول : « ضرباً شديداً »**)[٦] مقتضاه : الاكتفاء مع ذلك بالإيلام ، لكن

---

(١) الروضة (١١/٥٢) .
(٢) الروضة (١١/٧٦ ، ٧٧) .
(٣) الروضة (٨/١٨٩) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٩/١٤٢) .
(٥) المنهاج (ص ٥٥٠) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٥٥٠) .

في « التهذيب » : أنه لا بد من ضرب مؤلم يسمَّىٰ شديداً[1] .

وفي « النهاية » : لا بد من الإيلام الناجع ، ولا حد يقف عنده في تحصيل البر ، ولكن الرجوع إلىٰ ما يسمىٰ شديداً ، وهـٰذا يختلف لا محالة باختلاف حال المضروب[2] .

وفي « الأم » و« المختصر » : (وإن لم يقل : ضرباً شديداً . . فأيَّ ضربٍ ضربه إياه لم يحنث)[3] .

٥٧٩١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٠] : **(أو ليضربنه مئة سوط أو خشبة ، فشد مئة)** أي : مما حلف عليه من السياط أو الخشب ، ولا يكفي السياط عن الخشب وعكسه ؛ لاختلاف الاسم ؛ ولذلك قال « التنبيه » [ص ١٩٨] : **(وإن حلف ليضربن عبده مئة سوط ، فشد مئة سوط)** ووقع في تمثيل الرافعي خلاف ذلك تساهلاً ، فمثل بشد مئة سوط في يمين بمئة خشبة[4] .

٥٧٩٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٠] : **(أو بعثكال عليه مئة شمراخ . . بر)** ظاهره البر في صورتي خشبة وسوط ، وهو واضح في الأولىٰ ، أما في الثانية . . **فالأصح** في « الروضة » وأصلها : أنه لا يبر ؛ لأن العثكال ليس أسواطاً[5] .

وقال في « المهمات » : **الصواب** الذي عليه الفتوىٰ : أنه يكفي كما في « المحرر » و« المنهاج » فإنه المعروف في المذهب ، وقطع به الشيخ أبو حامد والبندنيجي والمحاملي والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ والبغوي وغيرهم . انتهىٰ[6] .

علىٰ أن الرافعي قد استشكل البر في الأولىٰ أيضاً فقال : وفيه عدول عن موجب اللفظ ؛ فإنه لم يضربه مئة خشبة . انتهىٰ[7] .

لكن في « النهاية » : **إن** هـٰذا متفق عليه[8] ، ومنع شيخنا في « تصحيح المنهاج » قول الرافعي : إنه عدول عن موجب اللفظ ؛ فإن الشماريخ من جنس الأخشاب ، فكأنها نبابيت رقيقة إلا أنها ليّنة .

٥٧٩٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٨] : **(وتحقق أن الكل أصابه . . بَرَّ)** فيه أمران :

---

(١) التهذيب (٨/ ١٤٥) .
(٢) نهاية المطلب (١٨/ ٤٠٦) .
(٣) الأم (٧/ ٨٠) ، مختصر المزني (ص ٢٩٦) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٣٤٠) .
(٥) فتح العزيز (١٢/ ٣٤١) ، الروضة (١١/ ٧٨) .
(٦) المحرر (ص ٤٧٨) ، المنهاج (ص ٥٥٠) ، وانظر « التهذيب » (٨/ ١٤٥) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٣٤٠) .
(٨) نهاية المطلب (١٨/ ٤٠٦) .

أحدهما : قد يوهم أنه لا بد من إصابة بدنه ، وليس كذلك ، بل يكفي إصابة ملبوسه ؛ ولهٰذا قال « المنهاج » [ص ٥٥٠] : (**إن علم إصابة الكل**) ولم يذكر المفعول ، فتناول البدن والملبوس .

ثانيهما : أنه يكفي إصابة البعض مع التراكم ؛ ولهٰذا قال « المنهاج » [ص ٥٥٠] : (**أو تراكم بعض علىٰ بعض فوصله ألم الكل**) لكن في « المهمات » : الذي نص عليه الشافعي اعتبار المماسّة لا الانكباس ، وقد نقله عنه الشيخ أبو حامد والماوردي وغيرهما ، قالوا : وصورة البر أن يأخذ ضغثاً مشدود الأسفل محلول الأعلىٰ . انتهىٰ .

وعبارة النص : (فإن كان يحيط العلم أنه إذا ضربه بها ماسّته كلها . . فقد بر ، وإن كان يحيط العلم أنها لا تماسه كلها . . لم يبر)[1] ، وذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » : أن **الأرجح** : ما ذكره الرافعي ؛ لأن المسألة خرجت عن قاعدة الباب للتخفيف ، فيكفي فيها الانكباس ، ويكون ظاهر النص غير مراد ؛ لصعوبة ذلك في الذي بني على التخفيف والإرخاص .

٥٧٩٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٨] : (**وإن لم يتحقق . . بر**)[2] و« المنهاج » [ص ٥٥١] : (**ولو شك في إصابة الجميع . . برّ على النص**) و« الحاوي » [ص ٦٤٧] : (**لا في تثاقل العثكال**) أي : لا يحنث فيما إذا شك في تثاقل العثكال ، يتناول ما إذا استوى الطرفان ، وقد حكىٰ في زيادة « الروضة » في هٰذه الصورة عن الدارمي وابن الصباغ والمتولي : أنه يحنث ، وإنما لا يحنث على **المنصوص** إذا غلب علىٰ ظنه إصابة الجميع ، قال : وهٰذا حسن ولكن الأول **أصح** . انتهىٰ[3] .

ويتناول أيضاً ما إذا ترجح عدم إصابة الجميع ، فهو داخل في قول « التنبيه » [ص ١٩٨] : (**وإن لم يتحقق**) وفي قول « المنهاج » [ص ٥٥١] و« الحاوي » [ص ٦٤٧] : (**شك**) بناء على اصطلاح الفقهاء في حمل الشك علىٰ خلاف اليقين .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هٰذا لم ينص عليه الشافعي ولا قاله أحد من الأصحاب ، ثم بسط ذلك .

وقال في « المهمات » : هٰذا لا يمكن القول به ، وحمل الشك هنا على الظن ، وقال : كلام الأصحاب متفق على اشتراط الظن هنا تصريحاً أو تلويحاً ، ولم نجد أحداً صرح بأن المراد بالشك هو : المستوي الطرفين ، واستشهد علىٰ ذلك بقول الرافعي : الضرب سبب ظاهر في الانكباس والتثقيل ، **والمذهب** الظاهر إصابة الجميع[4] ، والإمام والغزالي : إن قيل : لم اشترطتم غلبة

---

(١) الأم (٧/ ٨٠) .

(٢) كذا في جميع النسخ ، وفي « التنبيه » : (**وإن لم يتحقق . . لم يبر**) ، وانظر كلام ابن الصلاح والنووي في المسألة الآتية .

(٣) الروضة (١١/ ٧٨) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٣٤١) .

الظن ؟ قلنا : لا أقل منها[1] ، والشيخ أبو حامد والبندنيجي : حكم بالظاهر فيه .

٥٧٩٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٨] : (**والورع أن يكفر**) كذا في أكثر النسخ وعليه مشى الشراح ، وقال ابن الصلاح : الذي في مسودة المصنف : وإن لم يتحقق.. بر ، والورع أن يكفر كما نص عليه ، ثم اختار مذهب المزني ، وألحق حرف (لم) وعَدَلَ عن قوله : (**والورع أن يكفر**) فكان من حقه أن يضرب علىٰ قوله : (والورع أن يكفر) .

وقال النووي : **الصواب** الذي ضبطناه عن نسخة المصنف : (**لم يبر**) ، وهو المخرج ، وقوله : (**والورع أن يكفر**) أي : لا يضربه ليبر ، بل يكفر[2] .

٥٧٩٦ـ قوله : (**وإن حلف ليضربنه مئة ضربة ، فضربة بالمئة المشدودة دفعة واحدة.. فقد قيل : يبر ، وقيل : لا يبر**)[3] **الأصح** : الثاني ، ويوافقه قول « المنهاج » [ص ٥٥١] : (**أو ليضربنه مئة مرة.. لم يبر بهـٰذا**) ، والذي في « المحرر » : (ضربة)[4] كما في « التنبيه » ، وهي ذات وجهين كما تقدم ، وصورة « المنهاج » لا خلاف فيها .

٥٧٩٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٨] : (**وإن قال : « لا فارقت غريمي » فهرب منه.. لم يحنث**) قيده في « المحرر » بما إذا لم يمكنه اتباعه[5] ، فاستدرك عليه « المنهاج » وقال [ص ٥٥١] : (**الصحيح : لا يحنث إذا أمكنه اتباعه**) لكن مقتضىٰ تعبيرهم بالهروب : أنه لو فارقه بإذنه.. حنث ، وليس كذلك **على الأصح** ؛ لأنه **حلف** علىٰ فعل نفسه ، فلا يحنث بفعل الغريم ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٦٤٦] : (**لا إن فارق آخر**) .

٥٧٩٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥١] : (**أو أفلس ففارقه ليوسر.. حنث**) ، قال الرافعي : وإن كان تركه واجباً ؛ كما لو قال : (لا أصلي الفرض) فصلىٰ.. حنث[6] ، وفي « أصل الروضة » في أواخر تعليق الطلاق عن أبي العباس الروياني فيما لو قال : أنت طالق إن لم أطأك الليلة ، فوجدها حائضاً أو محرمة.. عن المزني عن الشافعي : أنه لا طلاق ، فاعترض وقال : يقع ؛ لأن المعصية لا تعلق لها باليمين ؛ ولهـٰذا لو حلف أن يعصي الله تعالىٰ فلم يعص.. حنث ، وقيل : ما قاله المزني **هو المذهب** واختيار القفال ، وقيل : علىٰ قولين ؛ لفوات البر بالإكراه[7] .

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٤٠٥) .
(٢) انظر « تحرير ألفاظ التنبيه » (ص ٢٨٢) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٩٨) .
(٤) المحرر (ص ٤٧٨) ، وفيه : (مرة) كما في « المنهاج » .
(٥) المحرر (ص ٤٧٨) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٣٣٩) .
(٧) الروضة (٨/ ٢٠٦) .

قلت : وقد يقال : اليمين وإن انعقدت علىٰ فعل الحرام . . فمحله : ما إذا صرح به ، فأما إذا أطلق الفعل . . فلا يحمل إلا على الحلال ؛ لأنه الأغلب المستحضر في الذهن الذي يتبادر إليه الفهم ، والله أعلم .

ثم محل الحنث : ما إذا لم يفارقه لمنع الحاكم له من ملازمته ، فإن فارقه لذلك . . ففيه قولا المكره .

٥٧٩٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٧] : (**وإن قال : لا رأيت منكراً إلا رفعتُهُ إلى القاضي فلان ، ولم ينو أنه يرفع إليه وهو قاض ، فعزل ثم رفع إليه . . فقد قيل : يحنث ، وقيل : لا يحنث**) **الأصح** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٥٥١] : (**وإن لم ينو . . بر بالرفع إليه بعد عزله**) ، و« الحاوي » فقال [ص ٦٥٤] : (**أو عُزل إن لم يرده وهو قاض**) .

٥٨٠٠ـ قول « المنهاج » في الصورة المذكورة [ص ٥٥١] : (**فرآه ثم عُزل ؛ فإن نوىٰ ما دام قاضياً . . حنث إن أمكنه رفعه فتركه**) تبع فيه « المحرر »[1] ، والذي في « الروضة » وأصلها : إذا عزل . . لم يبر بالرفع إليه وهو معزول ، فلا يحنث وإن كان تمكن ؛ لأنه ربما ولي ثانياً ، واليمين على التراخي ، فإن مات أحدهما قبل أن يولي . . بان الحنث ، أما إذا لم يعزل ولم يرفع إليه حتىٰ مات أحدهما بعد التمكن . . حنث . انتهىٰ[2] .

فينبغي حمل العزل في عبارة « المنهاج » على المتصل بالموت .

فصل

[فيما لو حلف علىٰ أمر فوكل غيره حتىٰ فعله]

٥٨٠١ـ قولهم ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**وإن حلف لا يبيع أو لا يضرب فوكل فيه غيره حتىٰ فعله . . لم يحنث في أظهر القولين**)[3] رجح الرافعي والنووي : القطع به ، ونفي القول الآخر[4] ، وقال في « المهمات » : ذكر الرافعي في (الخلع) عن المتولي فرعاً مقيداً لما أطلقه هنا وأقره عليه ، وهو : لو قال : (متىٰ أعطيتني ألفاً . . فأنت طالق) فبعثته علىٰ يد وكيلها فقبضه الزوج . . لم تطلق ؛ لأنها لم تعط هي ، ولو حضرت وقالت لوكيلها الحافظ لمالها : سلم إليه ، فسلم . . طلقت ، وكان تمكينها الزوج من المال المقصود إعطاء[5] .

---

(١) المحرر (ص ٤٧٨) .

(٢) فتح العزيز (١٢/ ٣٣٦) ، الروضة (١١/ ٧٢) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٩٨) ، و« الحاوي » (ص ٦٥٠) ، و« المنهاج » (ص ٥٥١) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٣٠٧) ، و« الروضة » (١١/ ٤٧) .

(٥) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٤٣٨) .

٥٨٠٢ـ قول « المنهاج » في هـٰذه الصورة [ص ٥٥١] : **(إلا أن يريد ألاَّ يفعل هو ولا غيره)** قال الرافعي : كذا أطلقوه مع قولهم : إن اللفظ حقيقة لفعل نفسه ، واستعماله في المعنى الآخر مجاز ، وفي هـٰذا استعمال اللفظ في الحقيقة والمجاز جميعاً ، وهو بعيد عند أهل الأصول ، **والأولىٰ** أن يوجد معنىً مشترك بين الحقيقة والمجاز ، فيقال : إذا نوىٰ ألاَّ يسعىٰ في تحقيق ذلك الفعل . . حنث بمباشرته وبالأمر ؛ لشمول المعنىٰ وإرادة هـٰذا المعنىٰ إرادة المجاز فقط[١] .

قال النووي : هـٰذا حسن ، والأول **صحيح** علىٰ مذهب الشافعي وجمهور أصحابنا المتقدمين في جواز إرادة الحقيقة والمجاز بلفظ واحد[٢] .

ولو حلف لا يبيع ولا يوكل ، وكان وكّل قبل ذلك ببيع ماله ، فباع الوكيل بعد يمينه بالوكالة السابقة . . ففي « فتاوى القاضي حسين » : أنه لا يحنث ؛ لأنه بعد اليمين لم يباشر ولم يوكل ، **وقياسه** : أنه لو حلف علىٰ زوجته ألاَّ تخرج إلا بإذنه وكان إذن لها قبل ذلك في الخروج إلىٰ موضع معين فخرجت إليه بعد اليمين . . لم يحنث ، قال شيخنا الإمام البلقيني : وهو الظاهر .

٥٨٠٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٧ ، ١٩٨] : **(وإن حلف لا يتزوج أو لا يطلق فوكل فيه غيره حتىٰ فعله . . لم يحنث)** أقره عليه في « التصحيح » ، لكن جزم في « المنهاج » و« الحاوي » تبعاً لـ« المحرر » بأنه إذا وكل غيره في التزويج حتىٰ فعل . . حنث[٣] ، وجزم به الرافعي في (الفصل الخامس في التوكيل في النكاح)[٤] ، وأسقطه من « الروضة » هناك ، وحكىٰ هنا تبعاً للرافعي وجهين عن « التهذيب » : الحنث ، وعن الصيدلاني والغزالي : عدمه[٥] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إن تصحيح الحنث مخالف لمقتضىٰ نصوص الشافعي : أن من حلف علىٰ شي ألاَّ يفعله فأمر غيره بفعله . . لم يحنث ، ولقاعدته ، وهي : أن النظر في ذلك إلى الحقيقة ، وللدليل ، وهو : أن النظر في ذلك إلى الإسناد اللغوي وهو الفاعل ، ألا ترىٰ أنه يصح منه وإن كان موكله نائماً ، ولما عليه الأكثرون ؛ فقد جزم بعدم الحنث أيضاً : القفال والماوردي وابن الصباغ وصاحب « البيان »[٦] ، وحكاه في « النهاية » عن قطع الأصحاب في الطرق[٧] ، قال : ولم أر أحداً اعتمد مقابله إلا البغوي ، وقال الخوارزمي في « الكافي » : إنه

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٢/٣٠٩) .
(٢) انظر « الروضة » (١١/٤٨) .
(٣) المحرر (ص ٤٧٨) ، الحاوي (ص ٦٥٠) ، المنهاج (ص ٥٥١) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٧/٥٦٩) .
(٥) فتح العزيز (١٢/٣٠٨) ، الروضة (١١/٤٨) ، وانظر « التهذيب » (٨/١٤٢) .
(٦) نهاية المطلب (١٨/ ٣٧٤) .
(٧) البيان (١٠/٥٦١) .

المنقول في طريقنا ؛ يعني : طريق المراوزة ، وهو ممنوع ؛ لما تقدم عن القفال والصيدلاني والإمام والغزالي ، وأن الإمام قال : إن الأصحاب قطعوا به في الطرق[1] .

قال شيخنا : ولو حلفت المرأة ألاَّ تتزوج ، فعقد عليها وليها ؛ فإن كانت مجبرة . . فعلىٰ قولي المكره ، وإن كانت غير مجبرة وأذنت في التزويج فزوجها الولي . . حنثت في يمينها ، ولم أر من تعرض للمرأة إلا الدارمي في « الاستذكار » ، ولم يتحرر لي كلامه ؛ لعدم وثوقي بما في النسخة ؛ فإن فيها ما يقتضىٰ أنها لا تحنث ، وليس كذلك في حالة اعتبار إذنها ، ولو حلف لا يراجع مطلقته ، فوكل في رجعتها . . فأفتىٰ شيخنا الإمام البلقيني : بأنه لا يحنث ، وقال : إن قلنا بالحنث في التوكيل في التزويج . . فهنا أولىٰ ؛ فإنه استمرار نكاح ، فالسفارة فيه أظهر ، وإن قلنا هناك : لا يحنث . . فهنا تردد ، **والمعتمد** : أنه لا يحنث .

٥٨٠٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٢] ـ والعبارة له ـ « والحاوي » [ص ٦٥٠] : (**لا بقبوله هو لغيره**) أي : بناءً علىٰ ما جزما به في عكسه ، فإن قلنا بمقابله . . حنث ، كذا في « الروضة » تبعاً لأصلها تخريجاً ، فقال : مقتضى الوجه الأول : الحنث ، ومقتضى الثاني : المنع[2] .

ورده شيخنا في « المهمات » وشيخنا في « تصحيح المنهاج » : بأن الإمام والغزالي جزما بعدم الحنث في هٰذه الصورة مع جزمهما في الأولىٰ أيضاً بعدم الحنث[3] ، قال في « المهمات » : فوجب اعتماده ؛ للنقل والدليل ، وقال في « تصحيح المنهاج » : فظهر أنه لا يحنث على الوجهين معاً .

٥٨٠٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٢] : (**أو لا يبيع مال زيد فباعه بإذنه . . حنث ، وإلا . . فلا**) كذا لو باع بإذن الحاكم لحجر أو امتناع ، ذكره في « أصل الروضة »[4] .

قال شيخنا ابن النقيب : ويظهر أن إذن الولي كذلك[5] .

وذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » مجزوماً به ، قال : وكذا لو باعه لكونه ظافراً بغير جنس حقه تفريعاً علىٰ أنه يستقل ببيعه **وهو الأصح** ، ولم أر من تعرض له ، قال : فلو قال : (فباعه بيعاً صحيحاً) . . لكان مختصراً شاملاً .

وصور في « أصل الروضة » المسألة بقوله : لا يبيع لزيد مالاً[6] ، فنازعه شيخنا في « تصحيح

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٣٧٤) .
(٢) فتح العزيز (١٢/ ٣٠٨) ، الروضة (١١/ ٤٨) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٣٧٤) ، و« الوجيز » (٢/ ٢٢٨) .
(٤) الروضة (١١/ ٤٩) .
(٥) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ١٦٥) .
(٦) الروضة (١١/ ٤٩) .

المنهاج » في الحنث فيما إذا باع بإذن الحاكم : بأنه لم يبع لزيد ، إنما باع للحاكم ، فهو نائب الحاكم لا الممتنع ، قال : والدليل علىٰ ذلك أن الحاكم إنما يقيم في ذلك من يصلح للنيابة عنه ، فالتبس عليه صورة : لا يبيع مال زيد ، بصورة : لا يبيع لزيد مالاً ، فتنبه له ؛ فإنه من الدقائق .

قلت : قد يقال : صدق أنه باع لزيد مالاً وإن كان الآذن في ذلك هو الحاكم ، ويكون قوله : (لزيد) نعتاً في المعنىٰ لقوله : (مالاً) وإن كان إعرابه حالاً ؛ لتقدمه علىٰ قوله : (مالاً) ، فلا فرق بين التصويرين ، والله أعلم .

٥٨٠٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٧] : (**وإن وهب له فلم يقبل.. لم يحنث ، وإن قبل ولم يقبضه.. لم يحنث ، وقيل : يحنث**) ، و« المنهاج » [ص ٥٥٢] : (**أو لا يهب له فأوجب له فلم يقبل.. لم يحنث ، وكذا إذا قبل ولم يقبض في الأصح**) يقتضي عدم الخلاف في الصورة الأولىٰ ، وليس كذلك ؛ فقد خالف فيه ابن سريج ، لكنه ضعيف ، وما رجحاه في الثانية حكاه الرافعي عن البغوي[١] ، **وصححه** في « الروضة » من زيادته[٢] ، ويخالفه في « أصل الروضة » في تعليق الطلاق فيما إذا قال : (إن بعته.. فهو حر) فباعه.. عتق في الحال سواء قلنا الملك للبائع أو للمشتري أو موقوف ، فأوقعوا العتق بمجرد البيع وإن لم يحصل الملك ، ونص عليه في « الأم » .

قال في « المهمات » : وهو أصوب ؛ ويؤيده أيضاً قولهم في (الإقرار) : إن الإقرار بالهبة ليس إقراراً بالقبض على **المشهور** ، وفي أواخر (الرهن) في الاختلاف في قبض المرهون مثله .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إيراد أكثر العراقيين يدل على الحنث من غير قبض ، وصرح به البندنيجي فقال قولاً واحداً : يحنث بمجرد العقد ، وحكاه في « النهاية » عن العراقيين[٣] ، قال شيخنا : ولم نجد ما يخالفه إلا في « التنبيه » ، وليس في « المهذب » ، قال : **والأرجح** من جهة النظر : أنه يحنث ؛ لأن اسم الهبة إنما هو للعقد ، وإنما يعتبر القبض في حصول الملك **على الجديد** ، قال : وأما الهبة التقديرية ؛ كقوله : أعتق عبدك عني مجاناً ، فأعتقه مجاناً.. فإنه هبة مقبوضة ، **والقياس** : الحنث بذلك ، ولم أر من تعرض له .

٥٨٠٧ـ قولهم ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**وإن حلف لا يهب له فتصدق عليه.. حنث**)[٤] محله في صدقة التطوع ، أما الزكاة وصدقة الفطر.. فلا يحنث بهما ، وتردد فيهما القفال .

٥٨٠٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٢] و« الحاوي » [ص ٦٥٢] : (**لا الوقف**) قال شيخنا في

---

(١) فتح العزيز (١٢/٣١٢) ، وانظر « التهذيب » (٨/١٤٣) .

(٢) الروضة (١١/٥١) .

(٣) نهاية المطلب (١٨/٤٠٨) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٩٧) ، و« الحاوي » (ص ٦٥٢) ، و« المنهاج » (ص ٥٥٢) .

« تصحيح المنهاج » : هو مقيد بألاَّ يكون في الموقوف عين يملكها الموقوف عليه ؛ كصوف البهيمة ووبرها ولبنها الكائن فيها عند الوقف ، وكذا الثمرة غير المؤبرة علىٰ أحد القولين المحكيين في « الاستذكار » للدارمي ، وكذا الحمل الكائن عند الوقف علىٰ رأي ، فإن كان ذلك موجوداً عند الوقف . . حنث الواقف ؛ لأنه ملك الموقوف عليه أعياناً بغير عوض ، وهـٰذا معنى الهبة ؛ فحنث بذلك قال : ولم أر من تعرض له .

٥٨٠٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٢] : (**أو لا يأكل طعاماً اشتراه زيد . . لم يحنث بما اشتراه مع غيره ، وكذا لو قال : « من طعام اشتراه زيد » في الأصح**) فيه أمور :

أحدها : أن جزمه في الصورة الأولىٰ وحكاية الخلاف في الثانية طريقة البغوي[١] ، لكن طريقة الجمهور كما في « أصل الروضة » طرد الخلاف فيهما[٢] ، ونازع في ذلك شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : لم يطرد الخلاف في الأولىٰ إلا الفوراني ، وأنكره الإمام[٣] ، وحكى الروياني في « الكافي » الحنث في الأولىٰ عن اختيار القاضي أبي الطيب ، قال شيخنا : ولا ذكر له في طريقة العراقيين .

ثانيها : عبر في « الروضة » بالصحيح[٤] ، ونص عليه في « الأم » كما حكاه شيخنا في « تصحيح المنهاج »[٥] ، فكان ينبغي التعبير عنه بالنص .

ثالثها : المراد بشرائه مع غيره : أنهما اشترياه مشاعاً ، وليس المراد بذلك : وقوعه في حالة واحدة ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ذكر المعية يفهم أنها قيد في عدم الحنث ، وليس كذلك ، بل لو اشترىٰ زيد نصفه مشاعاً ثم عمرو نصفه مشاعاً . . فلا حنث ، فلو قال : (وغيره) . . لكان أخصر وأحسن .

٥٨١٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٢] ـ والعبارة له ـ « والحاوي » [ص ٦٥١] : (**ويحنث بما اشتراه سلماً**) قال في « المهمات » : هو مناقض لما **صححه** في بابه من عدم انعقاده بلفظ البيع ، وقلد فيه الرافعي والنووي المتولي ؛ فإنه ذكره هنا كذلك ، لكنه خرجه في البيع والسلم علىٰ أن الاعتبار بصيغ العقود أو بمعانيها ، ولم يرجح شيئاً .

وأجاب عنه شيخنا في « تصحيح المنهاج » : بأن الصيغ هناك اشتهرت في عقد ، فلا ينتقل إلىٰ غيره وإن كان صنفاً منه ، ألا ترىٰ أن التولية والإشراك بيع لكن بلفظهما ، وكذا السلم بيع لكن

---

(١) انظر « التهذيب » (٨/ ١٣٣) .
(٢) الروضة (١١/ ٤٦) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٣٤٦) .
(٤) الروضة (١١/ ٤٦) .
(٥) الأم (٧/ ٧٢) .

بلفظه ؛ ويدل علىٰ أنه بيع إثبات خيار المجلس فيه من قوله عليه الصلاة والسلام : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا »[1] ، قال : ولم ينفرد المتولي بذلك ؛ فقد صرح به جمع كبير من الأصحاب ، وحكاه في « البيان » عن الطبري[2] ، وجزم به في « النهاية » ، وقال : السلم : صنف من البيوع ، ولم يغلب لقب السلم عليه غلبة تمنع اندراجه تحت مطلق الشراء[3] .

٥٨١١ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٨] : (**وإن اشترىٰ كل واحد منهما شيئاً فخلطاه فأكل منه . . فقيل : لا يحنث حتىٰ يأكل أكثر من النصف ، وقيل : إن أكل حبة وعشرين حبة . . لم يحنث ، وإن أكل كفاً . . حنث**) **الأصح** في « أصل الروضة » : الثاني[4] ، وهو مراد « الحاوي » بقوله [ص ٦٥٢] : (**وممكن الخلوص من المخلوط**) أي : لا يحنث بما يمكن خلوصه مما اشتراه المحلوف عليه ، وعبر عنه « المنهاج » بقوله [ص ٥٥٢] : (**لم يحنث حتىٰ يتيقن أكله من ماله**) .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لم يبين بماذا يحصل التيقن ، وكأنه تركه اتكالاً علىٰ حال الأكل ، ولكنه قد شك وإن أكل كثيراً ، وهو يشمل **المصحح** ، ووجه الإصطخري : أنه لا يحنث إلا بأكثر من النصف عند استواء القدرين ، بل هو إليه أقرب ، فاتجه الإيراد عليه ، قال : وعندي أن الكف إنما يحصل به غلبة الظن لا اليقين ، فإن اكتفي بغلبة الظن . . فلا يعبر باليقين .

٥٨١٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٢] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٦٥١] : (**أو لا يدخل داراً اشتراها زيد . . لم يحنث بدار أخذها بشفعة**) تصويره مشكل ؛ لأن أخذ كل الدار بالشفعة لا يمكن علىٰ مذهبنا ، وعبارة « أصل الروضة » : لم يحنث بدار ملك بعضها بالشفعة[5] ؛ أي : وباقيها بالشراء كما صرح به في « البيان » ، وصورها في « التتمة » بأن يأخذ دار جاره بالشفعة ، ومحله بعد الحكم له بصحة الأخذ ، وإلا . . فهو باطل ، فلا أثر له .

ورجح شيخنا في « تصحيح المنهاج » : الحنث في دار ملك بعضها بشراء وبعضها بشفعة ، وقال : الشفعة مثل التولية والإشراك ، ولا أثر لكون الشريك يأخذ الشقص قهراً من المشتري ؛ لأنه بيع شرعي[6] .

٥٨١٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٧] : (**وإن حلف علىٰ رداء أنه لا يلبسه ولم يذكر الرداء في يمينه ، فقطعه قميصاً ولبسه . . حنث ، وقيل : لا يحنث**) صورته كما في « المهذب » وغيره : أن يقول :

---

(١) أخرجه البخاري (١٩٧٣) ومسلم (١٥٣٢) .
(٢) البيان (٥/ ٣٩٥ ، ٣٩٦) .
(٣) نهاية المطلب (١٨/ ٣٤٥) .
(٤) الروضة (١١/ ٤٦) .
(٥) الروضة (١١/ ٤٦) .
(٦) في حاشية (ج) : (كلام البلقيني ضعيف) .

لا ألبس هٰذا الثوب[1] ، وصوره ابن يونس بأن يقتصر علىٰ قوله : لا ألبس هٰذا ، لكن ذكر الماوردي الاتفاق على الحنث في هٰذه الصورة ، أما لو ذكر الرداء في يمينه ؛ بأن قال : هٰذا الرداء . . **فالأصح** : عدم الحنث ، ولو قال : لا ألبسه وهو رداء فقطعه قميصاً . . لم يحنث قطعاً[2] .

٥٨١٤ـ قول « الحاوي » [ص ٦٥٣] : (**لا إن فرش أو رقد أو تدثر به** ، **أو فتق**) صورته : أن يحلف أنه لا يلبس هٰذا القميص ، فإن حلف لا يلبس هٰذا الثوب ففتقه أو ارتدىٰ به . . حنث .

٥٨١٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٧] : (**وإن حلف لا يلبس حلياً فلبس خاتماً أو مخنقة لؤلؤ . . حنث**) فيه أمور :

أحدها : المراد : خاتم ذهب أو فضة ، ولا يحنث بخاتم حديد ونحاس .

ثانيها : تناول إطلاقه ما لو لبسه الرجل في غير خنصره ، وفي « أصل الروضة » فيما لو حلف لا يلبس خاتماً فجعله في غير الخنصر ، عن المزني والبغوي : أنه لا يحنث كما لو حلف لا يلبس القلنسوة فجعلها في رجله ، وعن الروياني عن الأصحاب : أنه يحنث[3] ، وكلام الرافعي في (الوديعة) يقتضي **رجحان** عدم الحنث[4] .

ثالثها : عبر ابن يونس في « النبيه » : بالجوهر بدل اللؤلؤ ؛ لأنه أعم .

٥٨١٦ـ قوله : (**وإن حلف لا صليت فأحرم بها . . حنث**)[5] يستثنىٰ منه : صلاة الجنازة ، فلا يحنث بها ، كما قاله القفال في « فتاويه » ، وعلله بأنها غير معهودة .

٥٨١٧ـ قوله : (**وإن حلف لا تسريت . . فقد قيل : لا يحنث حتىٰ يحصن الجارية** ـ أي : يسترها ـ **ويطأها وينزل**)[6] هو **الأصح في** « أصل الروضة » ، قال : ويحكىٰ عن نصه في « الأم » ، وعبر الرافعي بسترها عن أعين الناس ، والنووي بمنعها من الخروج[7] ، فمن تتردد في بيته للضيفان خارجة عن العبارة الأولىٰ وداخلة في الثانية .

٥٨١٨ـ قول « الحاوي » [ص ٦٥٢] : (**وغير الزكوي**) أي : مال ، فمن حلف لا مال له . . حنث بكل مال ولو كان غير زكوي ، إلا أن ينوي شيئاً مخصوصاً . . فيحمل عليه ؛ لأن العام قد يخصص بالنية .

---

(١) المهذب (٢/١٣٦) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/٣٥٩ ، ٣٦٠) .
(٣) الروضة (١١/٦٠) ، وانظر « التهذيب » (٨/١٢٣) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٧/٣١٢) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٩٧) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ١٩٧) .
(٧) فتح العزيز (١٢/٣٤٩) ، الروضة (١١/٨٥) ، وعبر النووي بسترها عن أعين الناس مثل الرافعي .

٥٨١٩ـ قوله : (**لا منفعة المستأجر**)[١] كذا منفعة الموصىٰ به ، كذا **صححه** في « أصل الروضة » هنا[٢] ، لكنه مخالف لقوله في (الوصية) : إن الأموال تنقسم إلىٰ أعيان ومنافع[٣] .

٥٨٢٠ـ قوله : (**كدار العبد إن عتق**)[٤] مقتضاه الحنث فيما إذا قال : لا أدخل دار هٰذا العبد فعتق ، لكن قال الرافعي : يشبه أن يكون على الخلاف فيما لو حلف لا يكلم هٰذا العبد فكلم بعد العتق ، **والأصح** في تلك الصورة : أنه لا يحنث[٥] .

٥٨٢١ـ قوله : (**وثوب من غزلها عام ، لا فيما سُداه وخيطه منه**)[٦] كذا ما لحمته منه .

٥٨٢٢ـ قوله : (**وأفضل الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم : اللهم ؛ صلِّ علىٰ محمد وعلىٰ آل محمد ؛ كلما ذكره الذاكرون ، وكلما سهىٰ عنه الغافلون**)[٧] كذا نقله الرافعي عن إبراهيم المروذي[٨] ، قال النووي : ويستأنس له بأن الشافعي رضي الله عنه كان يستعمل هٰذه العبارة ؛ ولعله أول من استعملها ، ولكن الصواب والذي ينبغي أن يجزم به : أن أفضله ما يقال عقيب التشهد كما ثبت في الصحيح[٩] .

٥٨٢٣ـ قوله : (**والأشياء ـ بالواو ـ بلا إعادة النفي كالشيء**)[١٠] يقتضي أنه إذا حلف لا يأكل هٰذا الرغيف وهٰذا الرغيف أنه يمين واحدة ، وحكى الرافعي عن المتولي أنهما يمينان ، ثم قال : وفيه توقف ، ولو أوجب حرف العطف كونهما يمينين في الإثبات . . لأوجب كونهما يمينين في النفي[١١] .

* * *

---

(١) انظر « الحاوي » (ص ٦٥٢) .
(٢) الروضة (١١/ ٥٢) .
(٣) الروضة (٥/ ١٢) .
(٤) انظر « الحاوي » (ص ٦٥٢) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٣١٨) .
(٦) انظر « الحاوي » (ص ٦٥٣) .
(٧) انظر « الحاوي » (ص ٦٥٤) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٣٣٠) .
(٩) انظر « الروضة » (١١/ ٦٦) .
(١٠) انظر « الحاوي » (ص ٦٥٠) .
(١١) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٢٩٣) .

كتاب النذر

٥٨٢٤ـ هو قربة كما صرح به الرافعي في تعليل منع نذر الكافر[١] ، وقبله المتولي والغزالي ، وحكاه ابن أبي الدم عن جماعة ، وقال : إنه القياس ، وعليه يدل كلام النووي في « شرح المهذب » فيما إذا تلفظ بالنذر في الصلاة[٢] .

وفي « المهمات » : أنه يعضده النص ، وهو قوله تعالىٰ : ﴿ وَمَآ أَنفَقْتُم مِّن نَّفَقَةٍ أَوْ نَذَرْتُم مِّن نَّذْرٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ يَعْلَمُهُ ﴾ ، والقياس ، وهو أنه وسيلة إلى القربة ، وللوسائل حكم المقاصد ، وأيضاً فإنه يثاب عليه ثواب الواجب ، كما قاله القاضي حسين ، وهو يزيد على النفل بسبعين درجة كما في زوائد « الروضة » في (النكاح) عن حكاية الإمام[٣] ، والنهي عنه محمول علىٰ من علم من حاله عدم القيام بما التزمه جمعاً بين الأدلة . انتهىٰ .

وفي زيادة « الروضة » في آخر الباب : صح (أنه عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن النذر)[٤] ، وجزم في « شرح المهذب » بكراهته[٥] ، وحكاه الشيخ أبو علي السنجي عن نص الشافعي رضي الله عنه ، كما نقله ابن أبي الدم ، ثم اختار ابن أبي الدم أنه خلاف الأولىٰ .

وفي « المطلب » في (الوكالة) : أما كونه قربة . . فلا شك فيه إذا لم يكن معلقاً ، فإن كان معلقاً . . فلا نقول : إنه قربة ، بل قد يقال : بالكراهة . انتهىٰ .

وهو مشعر بأنه لم يطلع في ذلك علىٰ نقل ، وفي « الكفاية » هنا بعد نقله عن المتولي أن النذر قربة : ويمكن أن يتوسط فيقال : الذي دل عليه ظاهر الخبر كراهة نذر المجازاة ، وأما نذر التبرر ـ وهو الذي لم يعلق علىٰ شيء ـ . . فيظهر أنه القربة ، ثم قال : وفي « الحاوي » : أن الحديث يدل علىٰ أن ما [يبتدىء به][٦] الشخص من البر أفضل مما يلتزمه بالنذر . انتهىٰ[٧] .

وحاصل ذلك أربعة أوجه ، والله أعلم .

٥٨٢٥ـ قول « التنبيه » [ص ٨٤] : **(لا يصح النذر إلا من مسلم بالغ عاقل)** و« الحاوي » [ص

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٣٥٥ ، ٣٥٦) .

(٢) المجموع (٤/ ٩٤) .

(٣) الروضة (٧/ ٣) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٢/ ٧) .

(٤) الروضة (٣/ ٣٣٤)، والحديث أخرجه البخاري (٦٢٣٤) ومسلم (١٦٣٩) من حديث سيدنا ابن عمر رضي الله عنهما .

(٥) المجموع (٨/ ٣٤٢) .

(٦) في « الحاوي الكبير » : (يبذله) .

(٧) الحاوي الكبير (١٥/ ٤٦٤) .

٦٥٥] : (**النذر : التزام مكلف مسلم**) لا يرد عليه السكران كما أورده النووي في عدة أبواب ؛ لما بينا من أنه مكلف ، كما نص عليه الشافعي رضي الله عنه ، وقال في « الكفاية » : إنه يشمل السفيه والمفلس والعبد ، ولا يصح من السفيه بالمال .

قلت : كذا جزم به في « الروضة » هنا[1] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٥٥] : (**فيصح من المحجور عليه نذر القرب البدنية**) ، والمراد : حجر السفه ؛ بدليل ذكر المفلس بعده ، لكن جزم في « الروضة » في (الحجر) بصحة نذر السفيه المال إذا كان في الذمة[2] ، ولا يصح النذر من المفلس في العين بناء علىٰ منع العتق منه **وهو الأصح** ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٦٥٥] : (**ومن المفلس المالية في الذمة**) .

قال في « الكفاية » : وأما العبد . . فينبغي أن يقال : نذره المال في الذمة كضمانه ؛ أي : **والأصح** : أنه لا يصح بغير إذن السيد ، وفي العين التي يملكها على القول القديم لاغ كالعتق وغيره ، **والأصح** : انعقاد نذره للحج كالسفيه ، وغير الحج يشبه أن يكون كالحج في انعقاد النذر به .

٥٨٢٦ـ قول « التنبيه » [ص ٨٥] : (**ومن نذر شيئاً علىٰ وجه اللجاج ؛ بأن قال : « إن كلمت فلاناً . . فعليّ كذا » . . فهو بالخيار عند وجود الشرط بين الوفاء بما نذر وبين كفارة يمين**) كذا **صححه** النووي في كتبه[3] ، **وصحح** الرافعي في « المحرر » : أنه يجب فيه كفارة يمين[4] ، ونقل **تصحيحه** في « الشرح الكبير » عن البغوي وإبراهيم المروذي والموفق بن طاهر وغيرهم[5] ، وفي « الشرح الصغير » **صححه** كثير من المعتبرين ، وعليه مشى « الحاوي » فقال في (الأيمان) عطفاً علىٰ تفسير اليمين بأنها تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله : (**وتعليق التزام قربة ، ونذر ، وكفارة بفعله وتركه**)[6] .

فإن قلت : هـٰذا التفسير يصدق علىٰ نذر المجازاة ، وقد ذكره « الحاوي » في (النذر) بقوله [ص ٦٥٥] : (**ومعلقاً بمقصود**) .

قلت : الفرق بينهما : أنه في نذر المجازاة يرغب في السبب كشفاء المريض بالتزام المسبب ، وهو القربة الملتزمة ، وفي نذر اللجاج يرغب عن السبب ، فكأن السبب في المجازاة ليس من

---

(١) الروضة (٣/٢٩٣) .
(٢) الروضة (٤/١٨٦) .
(٣) انظر « الروضة » (٣/٢٩٤) ، و« المنهاج » (ص ٥٥٣) .
(٤) المحرر (ص ٤٨٠) .
(٥) فتح العزيز (١٢/٢٤٩) .
(٦) الحاوي (ص ٦٤٤) .

فعله ؛ ولهٰذا قال فيه : (**بمقصود**) أي : بأمر يقصد حصوله ولا قدرة له عليه ، وفي اللجاج من فعله ؛ ولهٰذا قال فيه : (**بفعله وتركه**) ، واستدرك « المنهاج » على « المحرر » فقال : (**إن التخيير أظهر ، ورجحه العراقيون**)[1] ، وعبارة الرافعي : **إيراد العراقيين** يقتضي أنه **المذهب**[2] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : الذي **صححه** في « المحرر » هو الذي أفتىٰ به الشافعي والصحابة قبله والتابعون ، **ورجحه** جمع كثير من أصحابه منهم الفوراني والإمام والبغوي والخوارزمي والمروذي والموفق بن طاهر وغيرهم ، وهو **المعتمد عندنا في الفتوىٰ** ، قال : ولم أجد القول الثالث ـ وهو التخيير ـ في منصوصاته ، وقد يستشعر من بعض كلامه . انتهىٰ .

وهنا تنبيهان :

أحدهما : أن مقتضىٰ قول « المنهاج » [ص ٥٥٣] : (**فلله علي عتق أو صوم**) أن اللجاج لا بد فيه من التزام قربة ، وبه صرح « المحرر » و« الحاوي »[3] ، لكن **الصحيح** في « أصل الروضة » فيما لو قال : (إن دخلت الدار . . فلله علي أن آكل الخبز) . . أنه من صور اللجاج ، وأنه يلزمه كفارة يمين[4] ، وسيأتي نظير ذلك في قول « المنهاج » [ص ٥٥٣] : (**ولو نذر فعل مباح أو تركه . . لم يلزمه ، لكن إن خالف . . لزمه كفارة يمين على المرجح**) .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : التزام المباح في نذر اللجاج **الأصح عندنا** : أنه لا ينعقد ، وظاهر كلام « الروضة » هنا انعقاده ، وإذا قلنا : ينعقد يميناً . . فمقتضاه : أنه لا تلزمه الكفارة إلا بترك أكل الخبز بحيث يحنث ، وقد ألزمه بالكفارة بمجرد الدخول ، وهٰذا يلائم ما ذكره عن القاضي حسين في تعليقه الكفارة في نذر المباح على اللفظ من غير حنث ، وقد ذكر المصنف هناك تبعاً للرافعي : أنه لا يتحقق ثبوته ، وقضية هٰذا : أنه إذا أكل الخبز . . فلا كفارة عليه ، وإلا . . فعليه كفارة .

ثانيهما : مقتضىٰ عبارة « المنهاج » و« الحاوي » تعين كفارة يمين علىٰ ذلك القول ، وحكى الرافعي عن « شرح مختصر الجويني » وجهين فيما لو وفىٰ بما التزمه . . هل تسقط الكفارة ؟ وقال : الظاهر : المنع[5] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هٰذا الخلاف الذي ذكره لا يعرف ، ولكنه يخرج مما نقله في « الكفاية » عن « النهاية » ، ولم أجده فيها .

---

(١) المنهاج (ص ٥٥٣) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١٢/٢٤٩) .
(٣) المحرر (ص ٤٨٠) ، الحاوي (ص ٦٤٤) .
(٤) الروضة (٣٠/٢٩٦) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٢/٢٥٠) .

نعم ؛ في « التتمة » : الجزم بأنه لا يجزئه الوفاء بما التزمه علىٰ هـٰذا القول ، وفي « التهذيب » و« التتمة » : أنا إذا قلنا : عليه كفارة يمين ، وكان العبد الملتزم عتقه معيباً أو كافراً . لا يجزىء علىٰ هـٰذا القول[1] ، قال شيخنا : وعندي أن هـٰذا خروج عن المعنى المقتضي لإيجاب الكفارة ؛ فإن المعنىٰ في ذلك : التخفيف عن المكلفين ، فإن غلّظ المكلف علىٰ نفسه بإخراج ماله كله الذي هو مئة ألف مثلاً . فالمصير إلىٰ أن هـٰذا لا يجزىء ، ولا بد من كفارة يمين ، ومن جملته إطعام عشرة مساكين خرق عظيم .

فإن قيل : ينعكس هـٰذا بأن يكون الملتزَم فلساً فتكون الكفارة أعظم منه .

قلنا : ليس هـٰذا بالغالب في نذر اللجاج .

فإن قيل : هـٰذا يؤول إلى التخيير فيتحد القولان .

قلنا : ذكر الماوردي : أن الأصحاب اختلفوا علىٰ قول التخيير علىٰ وجهين : **أحدهما** : أن الواجب عليه أحدهما ، وهما في الواجب سواء .

والثاني : أن الواجب عليه كفارة وله إسقاطها بالنذر ؛ لأن حكم اليمين أغلب وهي بالله تعالىٰ أغلظ ، وإن كان الوفاء بالنذر أفضل[2] .

فقد أثبت الماوردي على التخيير وجهان : أن الواجب الكفارة وله إسقاطها بالنذر ، وأن الوفاء أفضل وهو نفس ما جزمنا به علىٰ قول التزام الكفارة ، لكن قيدنا الأفضلية بأن يكون الملتزم أكثر من الكفارة ، وصار معنى الخلاف : أن الواجب الكفارة عيناً ، وله أن يسقطها بالقيام بما التزم ، أو الواجب أحد الأمرين ، واشترط ابن يونس في « شرح التنبيه » في الوفاء بالملتزم : ألاَّ ينقص عن قيمة الكفارة ، **والمعتمد** : جوازه وإن نقص . انتهىٰ .

وانتقد شيخنا أيضاً قول « المنهاج » [ص ٥٥٣] : (**ورجحه العراقيون**) بأنهم لم يرجحوه علىٰ قول الكفارة ، بل رجحوه علىٰ قول لزوم الوفاء ؛ فإنهم لم يذكروا قول الكفارة بمعنىٰ أنه لا يجزىء الملتزم ، وإنما ذكروه جازمين عليه بأن له إسقاطها بالملتزم .

٥٨٢٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٣] : (**ولو قال : « إن دخلت . . فعلي كفارة يمين أو نذر » . . لزمته كفارة بالدخول**) حكىٰ في « أصل الروضة » عن القاضي حسين وغيره في قوله : (إن دخلت . . فعلي نذر) : أن هـٰذا تفريع علىٰ قولنا في نذر اللجاج : يجب الكفارة ، فإن أوجبنا الوفاء . . لزمته قربة من القرب ، والتعيين إليه ، وليكن ما يعينه مما يلتزم بالنذر ، وعلىٰ قول

---

(١) التهذيب (٨/١٤٨) .

(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ٤٦٠) .

التخيير . . يتخير بين ما ذكرناه وبين الكفارة . انتهىٰ[1] .

ومقتضاه : أن ما ذكره « المنهاج » لا يجزىء علىٰ ما رجحه من التخيير ، لكن جزم الماوردي في هـٰذه الصورة بتعين الكفارة تغليباً لحكم اليمين على النذر ؛ لأن كفارة اليمين معلومة وموجب النذر المطلق مجهول ؛ فلم يجز التخيير بين معلوم ومجهول[2] ؛ ومنع ذلك شيخنا في « تصحيح المنهاج » فإنه ينزل علىٰ قربة من القرب التي تلزم بالنذر والتعيين إلى الناذر .

وقال في حواشي « الروضة » : لو كان ذلك في نذر التبرر ؛ بأن قال : (إن شفى الله مريضي . . فلله عليّ نذر) . . لزمه قربة من القرب والتعيين إليه ، ولو قال ابتداء من غير تعليق بشيء : (لله عليّ نذر) . . جاء فيه البطلان والصحة ، وهو **الأصح** ، ويكون اللازم بخيرته ، وفي « مختصر البويطي » : من قال : (لله عليّ نذر) ولم يسم له مخرجاً ولم يقل : إن فعلت أو لم أفعل . . فلا كفارة عليه ؛ لأن النذر لا يكون أكثر من قوله : والله ، ولو قال رجل : والله . . ما كان عليه شيء . انتهىٰ .

٥٨٢٨ـ قولهم ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**ومن علق النذر علىٰ أمر يطلبه ؛ كشفاء المريض وقدوم الغائب . . لزمه الوفاء به عند وجود الشرط**)[3] استثنىٰ منه شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ما إذا نذر في حال إطلاق تصرفه نذراً مالياً ، ثم حجر عليه بالسفه . . **فالأقيس** : أنه لا يتعلق بماله ، ولا يلزم بعد رشده ، ويحتمل أن يتعلق بماله ؛ لأنه صدر الالتزام في حال إطلاق تصرفه ، قال : وهـٰذا بخلاف ما إذا علق الرشيد عتق عبده علىٰ صفة ثم حجر عليه بالسفه ثم وجدت الصفة . . فإنه ينفذ ؛ لقوة العتق . انتهىٰ .

ولا يلزم من اللزوم عند الشرط انتفاء الإجزاء قبله ، والذي في « أصل الروضة » : أنه يجوز تقديمه عليه إن كان مالياً ، وفي « فتاوى القفال » ما ينازع فيه[4] ، لكن **المصحح** فيها في (باب تعجيل الزكاة) : المنع ، وعبارة « المنهاج » ظاهرة في أن نذر التبرر قسمان : ما علق علىٰ شيء ، وما لم يعلق علىٰ شيء ، وسمى الرافعي وغيره الأول نذر المجازاة[5] ، وسمى « الكفاية » الأول نذر المجازاة ، والثاني نذر التبرر .

٥٨٢٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٣] : (**وإن لم يعلقه بشيء ؛ كـ« لله عليّ صوم » . . لزمه في الأظهر**) قد يفهم أنه لا يلزم بدون قوله : (لله) ، وليس كذلك ؛ ولهـٰذا صرح « التنبيه »

---

(١) الروضة (٣/٢٩٦) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ٤٦٠) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٨٤) ، و« الحاوي » (ص ٦٥٥) ، و« المنهاج » (ص ٥٥٣) .
(٤) الروضة (١١/١٩) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٢/٣٥٦) .

و« الحاوي » في الذي لم يعلق بشيء بالتصويرين معاً ؛ أعني : قوله : (لله) ودونها[1] ، وكأن « المنهاج » اكتفىٰ بذكرهما في صورة نذر المجازاة .

واعلم : أنه لو شُفي مريضه فقال : لله عليّ عتق رقبة لهٰذه النعمة . . لزمه الوفاء بالنذر قولاً واحداً كما لو علق بشفاء المريض وإن لم يوجد تعليق ، ذكره القاضي حسين في « تعليقه » في آخر (الأيمان) ، وحكاه عنه في « الكفاية » .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وكأنه نظر إلىٰ أن هٰذا جزاء شكر النعمة ، فأنزله منزلة المجازاة المعلقة قبل الحصول ، وهٰذا كلام حسن **معتمد** . انتهىٰ .

٥٨٣٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٣] : **(ولا يصح نذر معصية)** أورد عليه في « التوشيح » : أن الرافعي حكىٰ عن « التتمة » : أنه لو نذر إعتاق العبد المرهون . . ينعقد نذره إن قلنا : ينفذ عتقه في الحال أو عند أداء المال ، وذكروا في (الرهن) : أن الإقدام علىٰ عتق المرهون لا يجوز ، قال : فإن تم الكلامان . . كان نذراً في معصية منعقداً .

٥٨٣١ـ قول « التنبيه » [ص ٨٤] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٦٥٥] : **(ولا يصح النذر إلا في قربة)** قيده « المنهاج » بألاَّ تكون واجبة[2] ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محله في واجب العين علىٰ طريق التخصيص ، فأما واجب الكفاية الذي يحتاج في أدائه إلىٰ بذل مال ومقاساة مشقة ؛ كالجهاد وتجهيز الموتىٰ . . فإنه لازم كما في « أصل الروضة » عن الإمام ، فإن لم يحتج إلىٰ بذل مال ولا كثير مشقة ؛ كصلاة الجنازة . . **فالأصح** : لزومه بالنذر أيضاً[3] ، وأما واجب العين علىٰ طريق العموم كما إذا نذر الوضوء لكل صلاة ؛ فإذا توضأ لصلاة عند حدث . . خرج به عن واجبي الشرع والنذر كما جزم به في « أصل الروضة »[4] .

٥٨٣٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٣] : **(ولو نذر فعل مباح أو تركه . . لم يلزمه ، لكن إن خالف . . لزمه كفارة يمين على المرجح)** تبع فيه قول « المحرر » : **(علىٰ ما رجح من المذهب)**[5] ، لكن كلام « أصل الروضة » يقتضي عدم اللزوم ؛ فإنه قال : فيه ما سبق من نذر المعاصي والفرض[6] ، والذي سبقه في نذر المعاصي : أنه لا كفارة فيها **على المذهب** ، وبه قطع الجمهور ، وفي نذر الفرض : أن فيه ما سبق في المعصية ، وادعىٰ صاحب « التهذيب » أن الظاهر

---

(١) التنبيه (ص ٨٤ ، ٨٥) ، الحاوي (ص ٦٥٥) .
(٢) المنهاج (ص ٥٥٣) .
(٣) الروضة (٣/ ٣٠١) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٤٢٠) .
(٤) الروضة (٣/ ٣٠٢) .
(٥) المحرر (ص ٤٨٠) .
(٦) الروضة (٣/ ٣٠٣) .

وجوبها ، وحكىٰ لزوم كفارة اليمين في نذر المباح عن البغوي ، ولم يعترضه[1] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو ممنوع ؛ فقد نص في « الأم » و« المختصر » علىٰ أنه لا شيء عليه ، وذلك في قوله : إن شفا الله فلاناً . . فلله عليّ أن أمشي ، وهو **الأرجح** ؛ لأن القسم بالله ليس موجوداً فيه ، ولم يرد فيه نص بخصوصه يوجب الكفارة كما في التحريم ، والخبر في كفارة النذر محمول علىٰ نذر منعقد ، وهو نذر اللجاج ؛ وذلك للتخفيف .

٥٨٣٣ـ قوله : (**ولو نذر صوم أيام . . نُدب تعجيلها**)[2] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محله ما لم يكن عليه صوم كفارة سبقت النذر وهي على التراخي . . فإنه يندب تعجيل الكفارة ، وتقدم على النذر ، فإن كانت الكفارة على الفور . . وجب تعجيلها .

٥٨٣٤ـ قوله : (**فإن قيد بتفريق . . وجب**)[3] ، و« الحاوي » [ص ٦٥٥] : (**وصوم شهر متفرقاً**) **صحح** شيخنا في « تصحيح المنهاج » تبعاً للإمام والغزالي : أنه لا يجب[4] ؛ لأن التتابع أفضل وأغلظ ، ثم ذكر أنه لو نذر التفريق الذي ندب إليه النبي صلى الله عليه وسلم بيوم ويوم . . ففي وجوبه احتمال ، ولو قيل به . . لكان قوياً ؛ لأنه نذر ما هو مندوب إليه شرعاً ، بخلاف مطلق التفريق ؛ فإنه غير مقصود في نفسه .

٥٨٣٥ـ قول « التنبيه » فيما لو نذر صوم سنة بعينها [ص ٨٥] : (**وإن كانت امرأة فحاضت . . قضت أيام الحيض في أصح القولين**) كذا **صححه** في « المحرر »[5] ، لكنه في « الشرح الكبير » لم يحك تصحيحه إلا عن البغوي خاصة ، وحكىٰ **تصحيح** عدم الوجوب عن أبي علي الطبري وابن القطان والروياني ، وأن ابن كج نسبه إلى الجمهور[6] ، وقال في « الشرح الصغير » : إنه **الأظهر** عند الأكثرين ، **وصححه** في « أصل الروضة »[7] فلذلك استدركه في « المنهاج » فقال [ص ٥٥٤] : (**الأظهر : لا يجب ، وبه قطع الجمهور**) .

ولا يلزم من عزو ابن كج والرافعي ذلك إلى الجمهور قطعهم به ، وقال شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » : إن الذي في « الروضة » غلط سببه انعكاس كلام الرافعي عليه ، قال : وقد أوضحته في « المهمات » ، ولم يذكر ذلك في « المهمات » ولعله كان ظهر له ذلك ثم غيره ؛ ولهـٰذا قال في

---

(١) الروضة (٣/ ٣٠٠ ، ٣٠١) ، وانظر « التهذيب » (٨/ ١٥١) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٥٣) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٥٣) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٤٤٦) ، و« الوجيز » (٢/ ٢٣٣) .
(٥) المحرر (ص ٤٨١) .
(٦) فتح العزيز (١٢/ ٣٧٠) ، وانظر « التهذيب » (٨/ ١٥٧) .
(٧) الروضة (٣/ ٣١٠) .

« المهمات » : وغالب نسخ « الرافعي الكبير » في هٰذه المسألة سقيمة حصل فيها إسقاط من النساخ ، وقد أصلحت ما وقع لي منها ، **وصحح** شيخنا في « تصحيح المنهاج » : القضاء تنزيلاً للنذر منزلة واجب الشرع ، وهو صوم رمضان ، وقال : إنه **المعتمد** ، ونازع في نقل مقابله عن الجمهور ، وقال : لم نجده لأحد من العراقيين في ذلك تصحيحاً إلا لـ« التنبيه » والبندنيجي ، ولا من المراوزة إلا البغوي ، **وصحح** هٰؤلاء الوجوب ، وهم مقابلون للثلاثة الذين حكى الرافعي عنهم عدم إيجاب القضاء ، وهنا أمور :

أحدها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه لم يقف على القولين ، ولا علىٰ واحد منهما ، والظاهر أنهما مخرجان من القولين في صورة الأثانين في العيدين والتشريق ، فيكونان وجهين لا قولين .

ثانيها : أن محل الخلاف فيما أفطرته بالحيض في غير رمضان ، فإن كان في رمضان . . لم تقضه إلا عن رمضان فقط ، وذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » : أن « التنبيه » احترز عن ذلك بقوله : (**وإن كانت امرأة فحاضت . . قضت أيام الحيض الواقعة في غير رمضان**) ولم أقف علىٰ هٰذه الزيادة في « التنبيه » .

ثالثها : **القياس** : أن النفاس والإغماء في ذلك كالحيض ، بخلاف الجنون ؛ فلا يقضي ما فاته به في صورة النذر كرمضان ، ذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : لم أر من تعرض لذلك[1] .

٥٨٣٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٤] : (**وإن أفطر يوماً بلا عذر . . وجب قضاؤه**) مفهومه : أنه إن أفطر بعذر . . لم يجب قضاؤه ، ويستثنىٰ منه : إفطاره بالسفر ؛ فيجب قضاؤه **على المذهب** ، فإن أفطر بالمرض . . ففي « أصل الروضة » : أن فيه الخلاف المتقدم في الإفطار بالحيض ، **ورجح** ابن كج : وجوب القضاء ؛ لأنه لا يصح أن تنذر صوم أيام الحيض ، ويصح أن تنذر صوم أيام المرض[2] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ومقتضاه : **أن الأصح عنده** : أنه لا يجب القضاء ، وليس كذلك ، بل **الأصح** : وجوب القضاء كما **صححناه** في (الحيض) ، وأولىٰ ، وفي « شرح الرافعي » : ويشبه أن يرجح وجوب القضاء في المرض في صورة سنة معينة ، ذكر ذلك في صوم الأثانين[3] .

---

(١) في حاشية (ج) : (قلت : مسألة النفاس مصرح بها في « أصل الروضة » ، وأنها كالحيض) . الروضة (٣/ ٣١٠) .
(٢) الروضة (٣/ ٣١٠ ، ٣١١) .
(٣) فتح العزيز (١٢/ ٣٧٧ ، ٣٧٨) .

٥٨٣٧ـ قوله : (**ولا يجب استئناف سنة**)[1] **صوابه : ولا يجب استئناف ما مضىٰ** .

٥٨٣٨ـ قوله : (**فإن شرط التتابع . . وجب في الأصح**)[2] أي : استئناف سنة مع احتمال عود الضمير إلى التتابع ، ويكون معناه : وجب التتابع في القضاء ، كذا قاله الشيخ أبو حامد ، وقال القفال : لا يجب التتابع ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه **أرجح** ؛ لأن التتابع في المعية من ضرورة الواقع ، فإذا شرطه . . لم يفد في أصل المنذور شيئاً .

٥٨٣٩ـ قوله : (**أو غير معينة وشرط التتابع . . وجب . ولا يقطعه صوم رمضان عن فرضه وفطر العيد والتشريق ، ويقضيها تباعاً متصلة بآخر السنة ، ولا يقطعه حيض ، وفي قضائه القولان**)[3] ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : القطع بإيجاب قضاء رمضان والعيد والتشريق وحكاية القولين في الحيض لا يستقيم ؛ فإن أيام الحيض أولىٰ بوجوب القضاء ؛ فإنه يمكنه خلو السنة عنها ولا يمكن خلوها عن رمضان والعيد والتشريق ، قال : ولم يقل بذلك أحد من الأصحاب إلا البغوي والخوارزمي والرافعي والنووي[4] ، إلا أن منهم من لا يذكر أيام الحيض ؛ لفهمها من طريق الأولىٰ ، ومنهم من يذكرها كصاحب « البيان »[5] .

٥٨٤٠ـ قوله : (**أو يوم الاثنين أبداً . . لم يقض أثاني رمضان**)[6] أي : الأربعة ، فلو وقع فيه خمسة أثانين . . ففي قضاء الخامس القولان الآتيان في **العيد** ؛ لأن الخامس قد يقع وقد لا يقع **كالعيد** .

٥٨٤١ـ قوله : (**وكذا العيد والتشريق في الأظهر**)[7] **صحح** شيخنا في « تصحيح المنهاج » تبعاً للشيخ أبي حامد وأتباعه مقابله ، ويوافقه « تصحيح التنبيه » فيما لو نذر أن يصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان فوافق العيد[8] ، وسيأتي .

٥٨٤٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٤] : (**فلو لزمه صوم شهرين تباعاً لكفارة . . صامهما ، ويقضي أثانيهما**) يتناول ما إذا سبقت الكفارة النذر ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٥٥] : (**وفي الصوم المعين قضىٰ ما يقع عنه كأثانين الكفارة**) لكن استدرك « المنهاج » من زيادته فقال بعد قوله : (**وفي**

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٥٤) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٥٤) .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٥٤) .

(٤) انظر « التهذيب » (٨/١٥٨) ، و« فتح العزيز » (١٢/٣٧٠ ، ٣٧١) ، و« الروضة » (٣/٣١١ ، ٣١٢) .

(٥) البيان (٤/٤٨٩) .

(٦) انظر « المنهاج » (ص ٥٥٤) .

(٧) انظر « المنهاج » (ص ٥٥٤) .

(٨) تصحيح التنبيه (١/٢٧٩) .

قول : **لا يقضي إن سبقت الكفارة النذر**) : (**ذا القول أظهر**)[1] وكذا **صححه في** « الروضة » من زيادته أيضاً[2] ، ونازعه شيخنا في « تصحيح المنهاج » في ذلك ، وقال : **الأظهر المعتمد في المذهب** : الوجوب ، ثم بسط ذلك ، وكذا قال في « المهمات » : إن **الصواب** : الوجوب ؛ فإن الربيع قد نقله عن النص ، لكن يشكل عليه ما لو نذر صوم الدهر وكان عليه كفارة حين النذر ؛ فإن زمانها مستثنىً ، كما قاله الرافعي[3] ، وقياس ما قاله في الأثانين : أن يفدي عن النذر كما لو لزمت الكفارة بعد أن نذر . انتهىٰ .

ورجح في « الروضة » و« الشرحين » أن الخلاف وجهان ، ولفظهما : وجهان ، ويقال : قولان[4] .

٥٨٤٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٤] : (**أو يوماً من أسبوع ثم نسيه . . صام آخره وهو الجمعة**) صريح في أن أوله السبت ، وكذا في « الروضة » وأصلها هنا[5] ، لكن في « شرح المهذب » في (صوم التطوع) : أنه سُمي يوم الإثنين ؛ لأنه ثاني الأيام ، والخميس ؛ لأنه خامس الأسبوع[6] ، ومقتضاه : أن أوله الأحد ، **والصواب** الأول ؛ لحديث أبي هريرة في « صحيح مسلم » : « خلق الله التربة يوم السبت »[7] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هـٰذا في الذين عُرفهم أن الأسبوع أوله السبت ، فأما قوم عُرفهم أن أوله الأحد . . فيجوز أن يكون نذر صوم يوم السبت ، فإذا صام الجمعة . . لا يكون أداء ؛ لأنه ليس المنذور ، ولا قضاءً ؛ لأن آخر الأسبوع عنده السبت .

٥٨٤٤ـ قوله : (**ومن شرع في صوم نفل فنذر إتمامه . . لزمه على الصحيح**)[8] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محله فيما إذا نوىٰ من الليل ، فإن نوىٰ في النهار قبل الزوال . . لم يلزمه الوفاء **على الصحيح** ؛ لأنه إذا لم ينو في الليل . . فقد انعقد صومه بنية في النهار علىٰ صفة لا يقع مثلها في الواجب ، فتعذر الوجوب فيها ، وعبارة « المحرر » تفهمه ؛ لقوله : (من أصبح صائماً عن تطوع)[9] ، وهـٰذا كما يقول في الصبي إذا بلغ في نهار رمضان وهو صائم : إنما يجزئه إذا كان

---

(١) المنهاج (ص ٥٥٤) .
(٢) الروضة (٣/٣١٧) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٢/٣٧٩) .
(٤) فتح العزيز (١٢/٣٧٨) ، الروضة (٣/٣١٧) .
(٥) فتح العزيز (١٢/٣٦٨) ، الروضة (٣/٣٠٨) .
(٦) المجموع (٦/٤١٢) .
(٧) صحيح مسلم (٢٧٨٩) .
(٨) انظر « المنهاج » (ص ٥٥٤) .
(٩) المحرر (ص ٤٨١) .

قد نوىٰ من الليل ، قال : فإن قيل : ففي « الوجيز » : لو نذر من نوىٰ نهاراً صوم تطوع أن يتم ذلك اليوم . . لزمه[١] .

قلنا : هٰذا الذي وقع في « الوجيز » ليس في « الوسيط » و« البسيط » و« النهاية » ، وهو يوافق رأي من لا يوجب تبييت النية في صوم النذر . انتهىٰ .

قلت : وتبع « الوجيز » في ذلك « الحاوي » فقال [ص ٦٥٥] : (**وإتمام ما نوىٰ نهاراً**) وقال شارحه القونوي : وليس ذلك صوم بعض يوم ؛ لأن **المذهب** : أن الناوي من النهار صائم من أوله .

٥٨٤٥ـ قول « التنبيه » [ص ٨٥] : (**وإن نذر أن يصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان . . لم يصح نذره في أحد القولين ، ويصح في الآخر**) **الأظهر** : الصحة ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[٢] ، ثم مقتضىٰ تقسيم « المنهاج » أحوال المسألة : أنه لا يتأتىٰ صيامه أداء ، وليس كذلك ؛ ولهٰذا قال « الحاوي » [ص ٦٥٦] : (**ويوم يقدم زيد . . صامه بعلامة**) وهو معنىٰ قول « التنبيه » [ص ٨٥ ، ٨٦] : (**فإن قدم في أثناء النهار . . نوىٰ صومه ، ويجزئه**) ومراده : أنه أعلم ليلاً بقدومه نهاراً ، فنوىٰ صومه ليلاً اعتماداً علىٰ ذلك الإعلام .

وقال النشائي في « نكته » : التصوير فيما إذا كان متطوعاً أو ممسكاً قبل الزوال ، والمنقول : وجوب صوم يوم آخر إن قلنا : يلزمه الصوم من أول اليوم ، وإن قلنا : من وقت القدوم . . فكذلك في **الأصح** في « التهذيب » و« الشرح الصغير » ، فما في « التنبيه » ضعيف على الضعيف . انتهىٰ[٣] .

وتبعه في « التوشيح » ، وكذا ذكر شيخنا الإسنوي مثل هٰذا الاعتراض في « التنقيح » ، واستدركه في « تصحيحه » على « التنبيه »[٤] ، وقد عرفت أن عبارة « التنبيه » مأوّلة بما تقدم ، والله أعلم .

٥٨٤٦ـ قول « التنبيه » [ص ٨٦] : (**وإن وافق العيد . . قضاه في أصح القولين**) **الأظهر** : أنه لا يقضيه ، وبه جزم « المنهاج »[٥] ، واستغرب شيخنا الإمام البلقيني في « حواشيه » **ما في** « التنبيه » ، وقال : هو غير معروف ، والمعروف أن القولين إنما هما فيما إذا نذر صوم اليوم الذي يقدم فيه فلان أبداً ، فقدم يوم الاثنين مثلاً ، فإذا وافق بعد ذلك عيداً . . ففي لزوم القضاء قولان .

---

(١) الوجيز (٢/٢٣٣) .
(٢) الحاوي (ص ٦٥٦) ، المنهاج (ص ٥٥٤) .
(٣) نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه (ق ٨٠) ، وانظر « التهذيب » (٨/١٦١) .
(٤) تذكرة النبيه (٣/٨١) .
(٥) المنهاج (ص ٥٥٤) .

٥٨٤٧- قول « الحاوي » [ص ٦٥٦] : (**واعتكف ما بقيَ**) أي إذا نذر أن يعتكف يوم قدوم زيد فقدم نهاراً ، ومقتضاه : أنه لا يلزمه قضاء ما مضىٰ ، لكن **الأصح** في الرافعي في (الاعتكاف) : وجوبه[١] ، وهو مقتضىٰ بنائه هنا وجوب القضاء علىٰ أن مقتضىٰ نذره صوم يوم يقدم زيد : لزوم الصوم من أول اليوم ، **وهو الأصح** .

فصل

[في نذر المشي إلىٰ مكة أو الحج والعمرة وما يتعلق به]

٥٨٤٨- قول « التنبيه » [ص ٨٥] : (**ومن نذر المضي إلىٰ مكة أو إلى الكعبة . . لزمه قصدها لحج أو عمرة**) لا يختص ذلك بهما ؛ فجميع بقاع الحرم ولو دار أبي جهل حكمه كذلك ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٦٥٦] : (**وإتيان شيء من الحرم يوجب الحج أو العمرة**) وتناولت عبارتهما ما لو زاد فقال : لا حاجاً ولا معتمراً ، **وهو الأصح** في زيادة « الروضة » و« شرح المهذب »[٢] .

لكن قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأصح** عندنا أنه لا ينعقد نذره ؛ لأنه صرح بما ينافي نذره ، فأبطل نذره ، ولو نذر إتيان عرفات وأراد به التزام الحج أو إتيانها محرماً . . لزمه الحج ، وإلا . . لم ينعقد ، وقيل : إن نذر إتيانها يوم عرفة . . لزمه الحج ، وخرج شيخنا في « تصحيح المنهاج » علىٰ ذلك ما لو نذر إتيان الجحفة أو ذي الحليفة وأراد التزام الحج أو العمرة أو إتيانه محرماً . . انعقد نذره ، قال : **وقياسه** : إذا قال المكي : لله عليّ الخروج إلى التنعيم أو نحوه ، ونوى الإحرام بعمرة من ذلك الموضع . . لزمه .

٥٨٤٩- قول « المنهاج » [ص ٥٥٥] : (**نذر المشي إلىٰ بيت الله تعالىٰ أو إتيانه . . فالمذهب : وجوب إتيانه بحج أو عمرة**) مخالف **للأصح** في « الروضة » : أنه لا ينعقد نذره ، إلا أن يصف بيت الله تعالىٰ بأنه الحرام أو ينويه[٣] ، وعليه مشى « التنبيه » فقال [ص ٨٥] : (**وإن نذر المشي إلىٰ بيت الله تعالىٰ ولم يقل : الحرام . . لم يلزمه المشي علىٰ ظاهر المذهب**) ، و« الحاوي » فقال عطفاً على المنفي [ص ٦٥٥] : (**وإتيان بيت الله**) ، ونص عليه في « الأم » فقال : (وإذا نذر أن يمشي إلىٰ بيت الله ولا نية له . . فالاختيار أن يمشي إلىٰ بيت الله الحرام ، ولا يجب ذلك عليه إلا بأن ينويه ؛ لأن المساجد بيوت الله تعالىٰ)[٤] .

---

(١) في حاشية (ج) : (**فائدة** : الذي في الرافعي في الاعتكاف : أنه لا يجب ، وقد ذكره ابن الملقن في تصحيحه ، فتنبه لذلك) . انظر « فتح العزيز » (٣/٢٦٧ ، ٢٦٨) .

(٢) الروضة (٣/٣٢٥ ، ٣٢٦) ، المجموع (٨/٣٨٧ ، ٣٨٨) .

(٣) الروضة (٣/٣٢٢) .

(٤) الأم (٢/٢٥٦) .

فيحمل إطلاق « المختصر » عليه ، كما حكاه الشيخ أبو حامد عن الأكثرين ، وينبغي أن يصنع ذلك في عبارة « المنهاج » ، فتحمل علىٰ ما إذا صرح بأنه الحرام أو نواه ؛ ويدل لذلك تعبيره فيها بالمذهب ؛ فإن هـٰذه الصورة هي ذات الطريقين : **المذهب** : الوجوب ، وقيل : قولان ، أما إذا لم يصرح بذلك ولا نواه . . فعبارة « الروضة » : فيها وجهان أو قولان[1] ، وعلىٰ ذلك حملها شيخنا ابن النقيب ، فقال : المراد والله أعلم : إذا قال : بيت الله الحرام أو نواه[2] .

وعليه مشىٰ في « التوشيح » فقال : لم يتكلما في « المحرر » و« المنهاج » إلا في صورة التقييد بالحرام ، وإلا . . يلزم إهمالهما من هـٰذين الكتابين أشهر الصورتين ، وهو بعيد ؛ فكيف يحمل الأمر عليه ثم يدعي عليهما التناقض وعلى النووي الغفلة في تقرير « التنبيه » علىٰ ذلك ؟! ومما يدل علىٰ ذلك تعبيره في « المنهاج » بالمذهب ؛ فاقتضىٰ أن الخلاف طريقان ، وإنما هو طريقان في صورة وصفه بالحرام . انتهىٰ .

وفي « أصل الروضة » عن « التتمة » : أنه لو قال : أمشي ونوىٰ بقلبه حاجاً أو معتمراً . . انعقد النذر علىٰ ما نوىٰ ، وإن نوىٰ إلىٰ بيت الله الحرام . . جعل ما نواه كأنه تلفظ به[3] .

واعلم : أن شيخنا في « تصحيح المنهاج » قال : إن محل ما ذكروه : ما إذا كان الناذر خارج الحرم ، فإن كان داخله . . لم يلزمه إتيانه بحج ولا عمرة ، ويكون كنذر إتيان مسجد المدينة أو الأقصىٰ حتىٰ يكون **الأظهر** : أنه لا يلزمه إتيانه مطلقاً ، فلو كان في نفس المسجد الحرام ونذر إتيانه . . لغىٰ نذره ، إلا أن يريد : بعد ما يخرج منه ، قال : ويحتمل عند الإطلاق الصحة وحمله علىٰ إتيانه بعد الخروج منه ، قال : ولم أر من تعرض لذلك ، وهو من النفائس .

٥٨٥٠ـ قول « التنبيه » [ص ٨٥] : (**وإن نذر المشي إلىٰ مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم أو إلى المسجد الأقصىٰ . . لزمه ذلك في أحد القولين دون الآخر**) **الأظهر** : أنه لا يلزمه ، صححه الرافعي في « الشرح الصغير » والنووي في « تصحيح التنبيه »[4] ، ونقل في « الروضة » وأصلها تصحيحه عن العراقيين وغيرهم[5] ، وعليه يدل قول « الحاوي » عطفاً على المنفي : (**وإتيان بيت الله**) فدل على اختصاص اللزوم ببيت الله الحرام دون سائر بيوته .

٥٨٥١ـ قول « التنبيه » [ص ٨٥] : (**ومن نذر الحج راكباً فحج ماشياً . . لزمه دم**) هو في « الروضة » وأصلها و« الكفاية » مبني علىٰ أن الركوب أفضل ، فإن جعلنا المشي أفضل أو سوينا

---

(١) الروضة (٣/ ٣٢٢) .
(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ١٧٧) .
(٣) الروضة (٣/ ٣٢٦) .
(٤) تصحيح التنبيه (١/ ٢٧٦) .
(٥) فتح العزيز (١٢/ ٣٨٨ ، ٣٨٩) ، الروضة (٣/ ٣٢٣) .

بينهما . . فلا دم[1] ، وفي « شرح المهذب » : أن الشيخ أطلق وجوب الدم ، وفي « البيان » : أنه **المذهب المشهور** ، وأن الخراسانيين قطعوا بأنه إنما يجب إذا قلنا : الركوب أفضل ، ثم قال النووي : وكيف كان . . **فالمذهب** : وجوب الدم[2] .

٥٨٥٢ـ قوله : (**ومن نذر الحج ماشياً . . لزمه الحج ماشياً**)[3] بناه الرافعي على **الأظهر** عنده : أن المشي أفضل[4] ، لكن قال النووي : **الصواب** أن الركوب أفضل وإن كان **الأظهر** لزوم المشي بالنذر ؛ لأنه مقصود . انتهىٰ[5] .

وقد يقال : كيف يكون مقصوداً مع كونه مفضولاً ، وبتقدير كونه مقصوداً . . فالقصد في الركوب أكثر ، فإذا عدل إلى الأعلىٰ . . فقد أحسن .

٥٨٥٣ـ قول « التنبيه » [ص ٨٥] : (**من دويرة أهله ، وقيل : من الميقات**) أي : الإحرام والمشي ، **والأصح** : أنه إنما يلزمه الإحرام من الميقات ، وأن المشي يجب في حين الإحرام سواء أحرم من الميقات أو قبله ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٥٥٥] : (**فإن كان قال : « أحج ماشياً » . . فمن حيث يحرم**) ، قال في « الروضة » : سواء أحرم من الميقات أو قبله[6] .

قال في « المهمات » وكذا بعده ؛ بأن جاوزه غير مريد للنسك ثم عَنَّ له الإحرام . . **فالقياس** : أنه يمشي من ذلك الموضع ولا شيء عليه ، قال ولو جاوزه مريداً له وهو راكب . . فيحتمل وجوب دمين .

٥٨٥٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٥] : (**وإن قال : « أمشي إلىٰ بيت الله تعالىٰ » . . فمن دويرة أهله في الأصح**) هو كقول « الحاوي » [ص ٦٥٥] : (**والمشي من بيته في الحج**) وليس في كلامهما إلا إيجاب المشي دون الإحرام ، فله أن يؤخر الإحرام إلى الميقات ، **وهو الأصح** ، وذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » : أن للأصحاب في هٰذه المسألة طريقين :

إحداهما : أنه يلزمه المشي من دويرة أهله قطعاً ، وفي الإحرام منها أو من الميقات وجهان .

والثانية : أن الخلاف فيهما ، **والمذهب** : لزومهما من الميقات ، وقال : إن الأولىٰ **أظهر** ، وإن كلام « المنهاج » مخالف لهما ؛ لحكايته الخلاف في المشي ، **وترجيحه** لزومه من دويرة أهله ، ومحل الخلاف : فيمن دويرة أهله فوق الميقات ، فإن كانت دونه . . أحرم منها قطعاً ،

---

(١) فتح العزيز (١٢/ ٣٨١) ، الروضة (٣/ ٣٢١) .

(٢) المجموع (٨/ ٣٨٧) ، وانظر « البيان » (٤/ ٤٩٦) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ٨٥) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٣٨١) .

(٥) انظر « الروضة » (٣/ ٣١٩) .

(٦) الروضة (٣/ ٣٢٠) .

والمراد بدويرة أهله : مكانه حين النذر ، فلو قال مغربي هٰذا الكلام بالأسكندرية . . كانت الأسكندرية دويرة أهله وبيته .

٥٨٥٥ـ قول « التنبيه » [ص ٨٥] : (**ولا يجوز أن يترك المشي إلىٰ أن يرمي في الحج**) **المذهب** في « أصل الروضة » وبه قطع الجمهور وهو **المنصوص** : أنه يلزمه المشي حتىٰ يتحلل التحللين ، وإن بقي عليه الرمي أيام منىٰ[١] ، وقال في « شرح المهذب » : ما ذكره في « التنبيه » مخالف لما في « المهذب » وكلام الأصحاب ، وأقرب ما يتناول عليه كلامه أنه أراد بالرمي رمي جمرة العقبة يوم النحر ، وفرع علىٰ أن الحلق ليس بنسك ، وعلى الوجه الشاذ : أنه يكفيه المشي حتىٰ يتحلل التحلل الأول ، قال : وأما رمي أيام التشريق . . فلا خلاف في الركوب قبله بعد التحللين[٢] .

وقال في « الكفاية » في تأويل كلام الشيخ : أي : جمرة العقبة إذا جعله آخر التحللين .

قال النشائي : وهٰذا محمل حسن[٣] ، وحكى الماوردي فيما لو نذر المشي إلى البيت الحرام ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه ينتهي الإيجاب بالمشي إلى البيت .

والثاني : بفراغ طواف القدوم .

والثالث : بالتحلل الثاني[٤] .

وصحح شيخنا في « تصحيح المنهاج » : الأول ، ولو قال : أمشي حاجاً . . ففي « أصل الروضة » : أن **الصحيح** : أنه كقوله : أحج ماشياً ، ومقتضىٰ كل واحد منهما : اقتران الحج والمشي[٥] .

واستشكله في « المهمات » ، وقال : مقتضاه في هٰذه الصورة : التزام مشي في حال الحج ، فيصدق بمشي لحظة بعد الإحرام ، بخلاف الحج ماشياً ؛ فإن مدلوله إيقاع الحج في حال المشي ، فيلزم منه الاستغراق .

قال في « أصل الروضة » : **والقياس** : أنه إذا كان يتردد في خلال أعمال النسك لغرض تجارة وغيرها . . فله أن يركب ، ولم يذكروه[٦] .

٥٨٥٦ـ قوله : (**ويفرغ من العمرة**)[٧] لم يتقدم للعمرة ذكر ، فلو قال أولاً : (ومن نذر نسكاً

---

(١) الروضة (٣/ ٣٢٠) .
(٢) المجموع (٨/ ٣٨٤) .
(٣) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ٧٩) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/ ٤٧٣) .
(٥) الروضة (٣/ ٣٢٠) .
(٦) الروضة (٣/ ٣٢٠) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ٨٥) .

ماشياً) . . لعم الحج والعمرة ، واستقام قوله بعد : (**ويفرغ من العمرة**) .

٥٨٥٧ـ قولهما ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وإذا أوجبنا المشي فركب لعذر . . أجزأه وعليه دم في الأظهر**)[١] قيده شيخنا في « تصحيح المنهاج » بأن يركب بعد الإحرام من الميقات أو غيره ، أو بعد أن جاوز الميقات غير محرم مسيئاً ، فإن ركب قبل الإحرام . . لم يلزمه دم ؛ لأنه لم يتلبس بنسك يقتضي ارتكاب خلل فيه يوجب الدم[٢] ، ثم مال شيخنا إلىٰ عدم وجوب الدم مطلقاً ، وحكىٰ عن البيهقي أنه قال : والذي اختاره الشافعي في (كتاب النذور) من وجوب المشي فيما قدر عليه وسقوطه فيما عجز عنه أشبه الأقاويل بحديث أبي هريرة وأنس بن مالك وأبي الخير عن عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم ، فهو أولىٰ به[٣] ، قال شيخنا : وهـٰذا تصريح من البيهقي باختيار الشافعي القول بسقوط المشي عند العجز ، وعدم إيجاب الدم ، وشاهده[٤] الأحاديث الصحيحة ، ولم يجيء حديث في التعرض للهدي إلا من طريق ابن عباس وعقبة وأبي هريرة وعمران ابن حصين ، وكلها معلولة ، ثم بسط ذلك ، قال شيخنا : وإذا كان الشافعي اختار هـٰذا القول والربيع والبيهقي ، والحجة له صحيحة . . فهو **الأصح** ، وعبارة « المنهاج » تفهم أنه لا خلاف في هـٰذه الصورة في الإجزاء ، وبه صرح في « شرح المهذب »[٥] ، لكن فيه قول : أنه لا يجزئه بل عليه إذا صح أن يعيد النسك ، فيمشي في موضع ركوبه الأول ، ويركب في موضع مشيه ، ذكره في اختلاف علي وابن مسعود رضي الله عنهما .

٥٨٥٨ـ قوله : (**أو بلا عذر . . أجزأه على المشهور**)[٦] ليس الخلاف في « المحرر »[٧] .

٥٨٥٩ـ قوله فيما إذا نذر الحج عامه : (**فإن منعه مرض . . وجب القضاء**)[٨] فيه أمران :

أحدهما : محله فيما إذا كان ذلك بعد الإحرام ، فإن كان قبله ؛ بأن مرض وقت خروج القافلة . . فلا قضاء ، كما لا تستقر حجة الإسلام في هـٰذه الحالة ، حكاه في « الروضة » وأصلها عن « التتمة »[٩] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه مخالف لنص « الأم » صريحاً و« المختصر » ظاهراً ،

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٨٥) ، و« المنهاج » (ص ٥٥٥) .
(٢) انظر « حاشية الرملي » (١/ ٥٨٥) .
(٣) انظر « سنن البيهقي الكبرىٰ » (١٠/ ٨١) ، (١٩٩١٨) .
(٤) في النسخ : (ويشاهده) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله أعلم .
(٥) المجموع (٨/ ٣٨٦ ، ٣٨٧) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٥٥٥) .
(٧) المحرر (ص ٤٨٢) .
(٨) انظر « المنهاج » (ص ٥٥٥) .
(٩) فتح العزيز (١٢/ ٣٨٥) ، الروضة (٣/ ٣٢١) .

وجرى الأصحاب علىٰ إيجاب القضاء على المريض ، ولم يفصل أحد منهم بين أن يكون المرض عند خروج الناس أو بعد الإحرام ، قال : فظهر بذلك أن الذي قاله في « التتمة » انفرد به ، فلا يلتفت إليه ، قال : وهـٰذا التوجيه وهو قوله : (كما لا تستقر حجة الإسلام) ليس في كلام « التتمة » ، وهو غير صحيح ؛ فإن حجة الإسلام مستقرة والحالة هـٰذه على المريض ومن اختص بالخوف من الآحاد ، نص عليه في « الأم » .

ثانيهما : ومحله أيضاً في المرض الذي لم تحصل به غلبة على العقل ، فإن غلب علىٰ عقله عند خروج القافلة ولم يرجع إليه عقله في وقت لو خرج فيه أدرك الحج . . . لم يلزمه قضاء الحجة المنذورة ، كما لا تستقر حجة الإسلام والحالة هـٰذه في ذمته كما نص عليه في « الأم » بالنسبة لحجة الإسلام فيما حكاه شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، قال : ونقول بمثله في المنذورة ثم ذكر فيه احتمالاً .

٥٨٦٠ـ قوله : (**أو عدوٌّ . . فلا في الأظهر**)[١] يتناول ما إذا اختص ذلك به ، وصرح به في « الروضة » وأصلها[٢] ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه مخالف لصريح نصوص الشافعي ولما عليه أكثر الأصحاب ، ثم بسط ذلك ، وكذا **صحح** في « المطلب » في الحصر الخاص وجوب القضاء ، وقال شيخنا : **إنه المعتمد عندي في الفتوىٰ** .

٥٨٦١ـ قوله : (**أو صلاةً أو صوماً في وقتٍ فمنعه مرضٌ أو عدوٌّ . . وجب القضاء**)[٣] فيه أمور :

أحدها : تعين الوقت للصلاة بتعيينه هو **المرجح** في « الشرحين » و« الروضة » و« شرح المهذب » هنا[٤] ، لكنهم جزموا في (باب الاعتكاف) بأنه لا يتعين ، وعليه مشى « الحاوي » هناك فقال [ص ٢٣١] : (**وللزمان فيه** ـ أي : الاعتكاف ـ **بتعيينه وفي الصوم ، لا الصلاة والصدقة**) .

قال في « المهمات » : والتعين هو **الصواب المفتىٰ** به ؛ فقد نص عليه الشافعي في « البويطي » ، وكذا قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **إنه المعتمد في الفتوىٰ** ، وحكاه عن نص البويطي .

ثانيها : يستثنىٰ من الصلاة ما إذا نذر فعلها في أوقات النهي في غير حرم مكة إذا فرعنا على **الأصح** : أنها لا تنعقد ، ولو نذر صلاة مطلقة . . فله فعلها في هـٰذه الأوقات قطعاً ؛ لأن لها سبباً ، ذكر ذلك في « أصل الروضة »[٥] .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٥٥) .
(٢) فتح العزيز (١٢/ ٣٨٥) ، الروضة (٣/ ٣٢١) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٥٥) .
(٤) فتح العزيز (١٢/ ٣٨٥) ، الروضة (٣/ ٣٢١) ، المجموع (٨/ ٣٧٢) .
(٥) الروضة (١/ ١٩٤) .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ولو نذر صلاة بعضها قبل الاستواء في غير يوم الجمعة وبعضها عند الاستواء . . **صح** ؛ لأن المنهي عنه ابتداءً ما لا سبب له في وقت النهي ، فلو ابتدأ قبل النهي واستدام . . لم تبطل صلاته .

ثالثها : استثنىٰ منه شيخنا في « تصحيح المنهاج » : المتحيرة ، فلا يصح نذرها صلاة ولا صوماً في وقت معين ؛ لاحتمال كونها فيه حائضاً ، ولا يرد علىٰ ذلك أن **الأصح** : إباحة تنفلها بالصلاة والصوم ؛ لأن ذاك لئلا ينسد عليه باب الثواب بالتطوعات ، بخلاف النذر ؛ فإنه إلزام مع الشك ، قال : وهـٰذا فقه ظاهر .

رابعها : تناول كلامه ما لو غلب المرض علىٰ عقله ؛ لإغماء أو جنون ، فإن كان ذلك في الصلاة واستغرق الوقت . . لم يجب القضاء في **الأصح** لفرض الصلاة ، وإن جعلنا فرض النذر أغلظ . . وجب ، وإن خلا أول الوقت عن ذلك بقدر الصلاة والطهارة إن لم يمكن تقديمها ، أو أخره بقدر تكبيرة وخلا عن الموانع زمناً يسعه . . وجب أيضاً كالصلاة المكتوبة ، وإن كان في الصوم . . وجب قضاء الإغماء دون الجنون ، ذكر ذلك شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، قال : وأما الحيض والنفاس : فإن كان في الصلاة واستغرق الوقت . . وجب القضاء ، بخلاف المكتوبة ؛ لتكررها ، والمنذورة لا تتكرر ، قال : ولم أر من تعرض لذلك ، وعليه يقال : لنا امرأة فاتتها صلاة في الحيض ووجب عليها قضاؤها ، وفي « المعاياة » للجرجاني : ليس لنا ذلك إلا في ركعتي الطواف فيما إذا حاضت عقب الطواف ، قال شيخنا : وهـٰذا ليس بقضاء ؛ فإن هـٰذه الصلاة لا تفوت ما دام الإنسان حياً ، وأما الصوم : فإذا فات بالحيض أو النفاس . . وجب قضاؤه .

٥٨٦٢ـ قول « التنبيه » [ص ٨٥] : (**ومن نذر أن يهدي شيئاً معيناً إلى الحرم . . وجب نقله إليه إن كان مما ينقل ، وإن لم يمكن نقله . . باعه ونقل ثمنه**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٥٥٥] : (**أو هدياً . . لزمه حمله إلىٰ مكة والتصدق به علىٰ من بها**) لأمور :

أحدها : تصريحه بأنه معين .

ثانيها : تصريحه بأن محل لزوم **حمله** إذا كان مما ينقل ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٦٥٧] : (**ومالٍ به ، وعسر النقل بثمنه**) وتعبير « الحاوي » بعسر النقل أحسن من تعبير « التنبيه » بعدم إمكانه .

ثالثها : أن ذلك لا يتقيد بمكة كما عبر به « المنهاج » ، بل يعم سائر الحرم كما في « التنبيه » ، وهو مفهوم من ذكر « الحاوي » ذلك بعد ذكر الحرم .

رابعها : أن تعبير « التنبيه » بالشيء و« الحاوي » بالمال أحسن من تعبير « المنهاج » بالهدي ؛ لأنه قد يتوهم منه اختصاص ذلك بالإبل والبقر والغنم ، وليس كذلك .

خامسها : أن تعبير « المنهاج » بقوله : (**والتصدق به**) يقتضي الاكتفاء بكون ذلك الشيء مما يتصدق به وإن لم تصح هبته ولا هديته ، فيدخل فيه ما لو نذر إهداء دهن نجس ؛ بناءً علىٰ ما قاله النووي من أنه ينبغي أن يقطع بصحة الصدقة به بعد حكايته عن القاضي أبي الطيب المنع من ذلك[1] ، ويدخل فيه أيضاً جلد الميتة قبل الدباغ ، بل هو أولىٰ من الدهن النجس ؛ فإنه اضطرب كلام النووي في جواز هبته ، لكن قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأرجح** : أنه يشترط فيه أن يكون مما يهدىٰ للآدمي ، ويوافق ذلك تعبير « الحاوي » عنه بالمال ، وتعبيره هو و« التنبيه » بثمنه ، والنجس لا ثمن له .

سادسها : أنه يرد علىٰ تعبير « المنهاج » و« الحاوي » بالتصدق به ما لو نوىٰ صرفه إلىٰ تطييب الكعبة أو جعل الثوب ستراً لها أو نحو ذلك . . فإنه يلزمه صرفه فيما نوىٰ كما نص عليه في « الأم » ، ولا يرد ذلك على « التنبيه » فإنه لم يذكر التصدق به ، بل وجوب نقله إن أمكن .

سابعها : أن « المنهاج » أطلق في قوله : (**من بها**) والمراد به : الفقراء أو المساكين من المسلمين ، ولم يأت « التنبيه » و« الحاوي » بعبارة تشمل الأغنياء .

ثامنها : قد يفهم من تعبير « المنهاج » و« الحاوي » بالتصدق به أنه يتصدق به علىٰ حاله ، فيتناول النعم السليمة مع أنه لا يجوز التصدق بها حية ؛ لأن في ذبحها قربة ، ويجب الذبح في الحرم **على الأصح** ، ولا يرد ذلك على « التنبيه » لاقتصاره على النقل .

واعلم : أن الماوردي قال فيما لو قال : لله عليّ أن أهدي هـٰذا المتاع . . أنه محتمل لعرف اللفظ ، وهو جعله هدية ، وعرف الشرع وهو كونه هدياً ، فإن أراد الأول . . لم ينعقد نذره ، إلا أن يقترن بقربة تختص بثواب ، أو الثاني . . عمل به ، وإن أطلق . . فوجهان ، **رجح شيخنا في** « تصحيح المنهاج » : أنه لا ينعقد ؛ لأن الأصل بقاء ملكه ، فلا يزال إلا بمحقق ، وعلىٰ هـٰذا : فتعبير « المنهاج » بالهدي أحسن من تعبير « التنبيه » و« الحاوي » لأنه لا إشكال في الصراحة مع التصريح بلفظ الهدي ، والله أعلم .

٥٨٦٣ـ قول « التنبيه » [ص ٨٥] : (**ومن نذر النحر بمكة . . لزمه النحر بها وتفرقة اللحم علىٰ أهل الحرم**) لا يتقيد النحر بها ، فله النحر في سائر الحرم ؛ كما أن له التفرقة علىٰ غير أهل مكة من أهل الحرم ، والمراد : الفقراء أو المساكين كما تقدم .

٥٨٦٤ـ قوله : (**وإن نذر النحر وحده** ـ أي : في بلد آخر ـ . . **فقد قيل** : **يلزمه النحر والتفرقة** ، **وقيل** : **لا يلزمه**)[2] **الثاني هو الأصح** ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٥٦] : (**وكل بلد**

---

(١) انظر « الروضة » (٣/٣٤٩) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ٨٥) .

للتضحية) فدل علىٰ أنه لو اقتصر علىٰ نذر الذبح بها . . لم ينعقد نذره .

٥٨٦٥ـ قول « التنبيه » [ص ٨٥] : (**وإن نذر الهدي وأطلق . . لزمه الجذع من الضأن أو الثني من المعز والإبل والبقر**) ظاهره عدم إجزاء سبع بدنة أو سبع بقرة ، وكلام الرافعي والنووي يقتضي الإجزاء ؛ فإنهما حملاه على المجزىء في الأضحية[١] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٥٧] : (**والهدي كضحية**) .

٥٨٦٦ـ قول « التنبيه » [ص ٨٥] : (**وإن نذر أن يهدي . . لزمه ما ذكرناه في أحد القولين ، وما يقع عليه الاسم في القول الآخر**) **الأظهر** : الأول ، وهو داخل في قول « الحاوي » [ص ٦٥٧] : (**والهدي كضحية**) .

٥٨٦٧ـ قول « التنبيه » [ص ٨٥] : (**ويستحب لمن أهدىٰ شيئاً من البدن أن يشعرها بحديدة في صفحة سنامها الأيمن**) قال النووي : **الصواب** : اليمنىٰ[٢] ، قال في « الكفاية » : الشيخ اتبع في ذلك الخبر ، وتقديره : في صفحة سنامها من الجانب الأيمن .

٥٨٦٨ـ قوله : (**ويقلد البقر والغنم ولا يشعرها**)[٣] قال النووي في « تصحيحه » : **الصواب** : أنه يسن في البقر المهداة الإشعار كالإبل[٤] ، وفي « الكفاية » : أن في بعض النسخ : (**ويستحب لمن أهدىٰ شيئاً من البدن أو البقر أن يشعرها**) ، وعليها جرى ابن يونس وابن الخل ، لكن قد يعكر عليه قوله : (**في صفحة سنامها**) فإن البقر لا سنام لها . انتهىٰ .

وأجاب بعضهم : بأنها ألحقت بما لا سنام لها من الإبل ، وأطلق على الكل سنام ، فيشعر موضع السنام .

واعترض على « التنبيه » أيضاً : بأن ظاهره تقليد الغنم بالنعال كالإبل والبقر ؛ ويؤيده قوله بعد : (**فإن عطب منها شيء قبل المحل . . نحره وغمس نعله**)[٥] والمنقول : منع تقليدها بالنعال ؛ لضعفها عنها .

وجوابه : أنه لم يتقدم منه ذكر تقليد الإبل بالنعال ، ولو سبق . . فالنحر لا يأتي في الغنم ، إنما فيها الذبح .

٥٨٦٩ـ قوله : (**فإن عطب منها شيء قبل المحل . . نحره** ـ أي : وجوباً في المنذور واستحباباً

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٤٠٠) ، و« الروضة » (٣/ ٣٢٩ ، ٣٣٠) .
(٢) انظر « تحرير ألفاظ التنبيه » (ص ١٧٣) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٨٥) .
(٤) تصحيح التنبيه (١/ ٢٧٧) .
(٥) التنبيه (ص ٨٥) .

في غيره ـ **وخلىٰ بينه وبين [المساكين]**[1])[2] أي : غير رفقته ، **فالأصح** : أنه لا يجوز لفقراء الرفقة الأكل من المنذور ، ثم ظاهر كلامه : أن التخلية كافية في إباحته للمساكين ، لكن في زيادة « الروضة » عن « الشامل » وغيره : لا يصير مباحاً للفقراء إلا بلفظ ، وهو : أن يقول : أبحته للفقراء والمساكين ، قال : ويجوز لمن سمعه الأكل ، وفي غيره قولان ، قال في « الإملاء » : لا يحل حتىٰ يعلم الإذن ، وقال في القديم و« الأم » : يحل ، وهو **أظهر**[3] .

٥٨٧٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٥] : (**أو التصدق علىٰ أهل بلد معين . . لزمه**) قد يفهم منه أن غير الحرم لا ينذر فيه إلا التصدق ، وليس كذلك ، بل لو نذر الأضحية به . . تعين ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٦٥٦] : (**وكل بلد للتضحية**) ولو نذر النحر ببلد أخرىٰ ؛ فإن لم يقل : أتصدق به علىٰ فقرائها ولا نواه . . **فالأصح** : أنه لا ينعقد ، وإن صرح به أو نواه . . فوجهان :

أحدهما : لا يجب الذبح بها ، بل لو ذبح خارجها ونقل اللحم إليها طرياً . . جاز ، وبه قطع صاحب « التهذيب » وجماعة[4] .

والثاني : يتعين إراقة الدم بها كمكة ، وبه قطع العراقيون ، وحكوه عن نص « الأم » .

٥٨٧١ـ قول « الحاوي » [ص ٦٥٦] : (**وإتيان شيء من الحرم يوجب الحج أو العمرة ، وتعيينه للذبح كالصلاة**) يقتضي أن غير المسجد من الحرم الذي يحرم صيده كالمسجد في تعينه بنذر الصلاة فيه ، وقال بعضهم : إنه غريب لا نعلم له فيه سلفاً ، وفيما قاله نظر ، وتعبير « المنهاج » [ص ٥٥٦] بـ (**المسجد الحرام**) الظاهر أنه أراد به : جميع الحرم ؛ فإن **الأصح** عند النووي : أن تضعيف الصلاة يعم جميع الحرم ، ولا يختص بالمسجد ولا بمكة .

٥٨٧٢ـ قول « المنهاج » من زيادته [ص ٥٥٦] : (**الأظهر : تعينهما**) أي : مسجد المدينة والأقصىٰ ، يرد عليه : أن المسجد الحرام يقوم مقام كل منهما ، وفي قيام كل منهما مكان الآخر ثلاثة أوجه ، ثالثها : أنه يقوم مسجد المدينة مكان الأقصىٰ دون عكسه ، **وهـٰذا هو الأصح** ، وعليه مشى « الحاوي » في (الاعتكاف) فقال [ص ٢٣١] : (**وبتعيين مسجد المدينة لأحدهما ، وبتعيين المسجد الأقصىٰ لأحدهما ؛ كالصلاة**) .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ما ادعي أنه الأظهر ممنوع نقلاً ودليلاً ، أما النقل : فقضية كلام الأكثرين **ترجيح** منع التعيين ؛ فإنهم قالوا في التعيين القولان المذكوران في لزوم نذر

---

(١) في (ب) : (السائلين) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٨٥) .
(٣) الروضة (٣/ ١٩١) .
(٤) التهذيب (٨/ ١٥٢) .

الإتيان إليهما ، **والأصح** فيه عدم اللزوم كما تقدم ، ومقتضاه : أن يكون **الأرجح** في نذر الصلاة فيهما : عدم التعيين عند الأكثرين ، وقد قال الشيخ أبو حامد : إن الحكم في نذر المشي إليهما ونذر الصلاة فيهما واحد ، وقول الرافعي : لا يبعد أن يرجح التعيين كما في الاعتكاف[1] ، متعقب ؛ فإن الاعتكاف من خصوصيات المسجد ؛ ولا كذلك غيره ، قال : وأما الدليل : فلأن الإلزام بالصلاة في المسجدين للفضيلة يرده نذر الصوم بمكة ؛ فإنه لا يلزمه بها مع أن حسنات الحرم بمئة ألف حسنة ، قال : وقوله : (**كالمسجد الحرام**) تشبيه غير مستقيم ؛ كأنه لا يقوم غيره مقامه وهو يقوم مقامهما ، ومسجد المدينة يقوم مقام الأقصىٰ دون العكس كما تقدم .

٥٨٧٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٦] : (**أو صوماً مطلقاً . . فيوم**) كذا لو قيده بدهرٍ أو حينٍ كما جزم به في « أصل الروضة »[2] .

٥٨٧٤ـ قوله : (**أو صدقة . . فبما كان**)[3] قد يتناول غير المتمول مع أنه لا يكفي ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٦٥٥] : (**والصدقة متمول**) .

٥٨٧٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٦] : (**فعلى الأول** ـ أي : أنه إذا نذر صلاة . . لزمه **ركعتان** ـ : **يجب القيام فيهما مع القدرة**) محله : ما إذا أطلق ، أما لو قال : أصلي قاعداً . . فله القعود قطعاً ؛ كما لو صرح بركعة . . فتجزئه قطعاً .

٥٨٧٦ـ قوله : (**أو عتقاً . . فعلى الأول** : **رقبة كفارة** ـ أي : وهي المؤمنة السليمة ـ ، **وعلى الثاني : رقبة**)[4] أي : ولو كافرة معيبة ، مقتضاه : **ترجيح** الأول ، وقال الرافعي : قال الداركي : إنه **الصحيح** ، وهو قضية ما رجح من لزوم ركعتين[5] ، واستدرك عليه « المنهاج » فقال [ص ٥٥٦] : (**الثاني هنا أظهر**) ، وفي زيادة « الروضة » : إنه **الأصح** عند الأكثرين ، **وهو الراجح في** الدليل[6] ، وعليه مشى « التنبيه » فقال [ص ٨٦] : (**ومن نذر عتق رقبة . . أجزأه ما يقع عليه الاسم ، وقيل : لا يجزئه إلا ما يجزىء في الكفارة**) .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأظهر** ما يقتضيه كلام « المحرر »[7] ، وهو الذي اختاره المزني ، وبه قال أبو إسحاق ، **وصححه** القاضي أبو الطيب والداركي ، وهو **الأصح** في الدليل ،

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٣٩٣) .
(٢) الروضة (٣/ ٣٠٥) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٥٦) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥٥٦) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٣٦٧) .
(٦) الروضة (٣/ ٣٠٧) .
(٧) المحرر (ص ٤٨٣) .

وهو الذي ينطبق عليه إيراد الشيخ أبي حامد والماوردي وصاحبي « المهذب » و« الشامل » والبغوي وغيرهم من أن أصل الخلاف المذكور أن النذر يسلك به مسلك واجب الشرع أم جائزه ؟ **والأصح** عند الجمهور : أنه يسلك به مسلك واجب الشرع . انتهىٰ[1] .

وفي « شرح المهذب » : أن **الصحيح** عند الجمهور : أن النذر ينزل في صفاته علىٰ صفات واجب الشرع إلا في الإعتاق[2] .

واعلم : أنه يستثنىٰ من الرقاب على الثاني : المشتراة بشرط الإعتاق ، وأن يشتري أصله أو فرعه بنية العتق عن النذر ومنقطع الخبر ، وإن لم يمض مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش أكثر منها ، ذكر ذلك شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : لم أر من تعرض لذلك في النذر على القول الثاني ، قال : ولو أعتق حملاً . . لم يجز على الأول ، ويجزىء على الثاني إن انفصل لأقل من ستة أشهر ، ولم أر من تعرض له .

٥٨٧٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٦] : (**فإن عين ناقصة . . تعينت**) يستثنىٰ منه : ما إذا عين الناقصة بوصف الكفر ؛ بأن قال : لله عليّ أن أعتق هـٰذا العبد الكافر . . فلا يلزمه إعتاقه كما أفتىٰ به القاضي حسين ، بخلاف قوله : لله عليّ عتق هـٰذا العبد ، فكان كافراً . . يلزمه النذر .

٥٨٧٨ـ قوله : (**أو صلاة قائماً . . لم يجز قاعداً**)[3] محله : ما إذا لم يحصل له مشقة بالقيام لمرض أو كبر ، فإن كان كذلك . . لم يلزمه في **الأصح** ، وهو نظير ما نقله إبراهيم المروذي عن عامة الأصحاب في ناذر صوم رمضان في السفر ، **وصحح** الروياني في « البحر » في الشيخ الكبير ينذر القيام : أنه يلزمه .

٥٨٧٩ـ قوله ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » : (**أو طول قراءة الصلاة**)[4] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محله ما إذا لم يكن إماماً في مكان لا تنحصر جماعته ، فإن كان كذلك . . لم يلزمه تطويل الفرائض بذلك ؛ لكراهته ، وتناول كلامهما : نذر ذلك في الصلاة المكتوبة بالنذر ، وإفراد الصفة بالالتزام والأصل واجب ، فأما لو نذر ذلك في النفل . . لم يلزمه ؛ لأنه ليس بواجب ، فلا يكون تطويله لازماً بالنذر ، وفي « أصل الروضة » : في نذر القيام في النوافل وجهين[5] ، ومقتضىٰ كلامه : أن **الأصح** : أنه لا يلزم .

٥٨٨٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٦] : (**أو سورة معينة**) أي : في الصلاة .

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/٥٠٣ ، ٥٠٤) ، و« المهذب » (١/٢٤٣) ، و« التهذيب » (٨/١٦٤) .
(٢) المجموع (٨/٣٥٥) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٥٦) .
(٤) انظر « الحاوي » (ص ٦٥٥) ، و« المنهاج » (ص ٥٥٦) .
(٥) الروضة (٣/٣٠٢) .

٥٨٨١ـ قوله : (**أو الجماعة**)[١] أي : في الفرائض ، ولو نذرها في النوافل التي لا تشرع فيها الجماعة . . لم يلزم ، أو فيما شرع فيه الجماعة . . لم يلزم أيضاً **في الأصح** .

٥٨٨٢ـ قوله : (**والصحيح : انعقاد النذر بكل قربة لا تجب ابتداء ؛ كعيادة وتشييع جنازة**)[٢] ، وقول « الحاوي » [ص ٦٥٥] : (**بمقصود ؛ كعيادة المرضىٰ**) ، عبارة « الروضة » : القربات التي لم تشرع لكونها عبادة ، وإنما هي أعمال وأخلاق مستحسنة رغب الشرع فيها ؛ لعظم فائدتها ، وقد يبتغىٰ بها وجه الله تعالىٰ ، فينال الثواب فيها ؛ كعيادة المرضىٰ ، وزيارة القادمين ، وإفشاء السلام بين المسلمين ، وتشميت العاطس ، **والصحيح** : لزومها بالنذر[٣] .

٥٨٨٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٦] : (**والسلام**) زاد في « المحرر » : (على الغير)[٤] ، وقال في « الدقائق » : **الأجود** حذف (الغير) لعدم فائدته ، وقد يوهم الاحتراز عن سلامه علىٰ نفسه عند دخوله بيتاً خالياً ، ولا يصح الاحتراز ؛ فإنهما سواء[٥] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : قوله : (**والسلام**) يريد به : ابتداء السلام ، ومقتضاه : أن نذر رده ينعقد قطعاً أو لا ينعقد قطعاً ، وليس كذلك ؛ فإنه من فروض الكفايات التي ليس فيها بذل مال ولا كبير مشقة ، **والأصح** : لزومها بالنذر .

قلت : فليحمل قوله : (**السلام**) على ابتدائه ، وجوابه حيث لم يتعين ، والله أعلم .

٥٨٨٤ـ قول « الحاوي » [ص ٦٥٥] : (**وستر الكعبة وتطييبها لا مسجدٍ**) أي : غيرها ، ولو مسجد المدينة والأقصىٰ ؛ فإنه لا يلزم تطييبه بالنذر كما مال إليه الإمام ، وأقره الرافعي[٦] ، لكن قال النووي في « شرح المهذب » : **المختار** اللزوم ؛ لأن تطييبها سنة مقصودة ، فلزمت بالنذر كسائر القرب[٧] ، وقال الشيخ عز الدين بن عبد السلام : وحكم مشاهد العلماء والصلحاء ؛ كضريح الشافعي وذي النون المصري . . حكم البيوت ، لا المساجد .

٥٨٨٥ـ قوله : (**والصوم**)[٨] أي : وكمداومة الصوم . . فإنه يصح التزامه بالنذر .

يتناول ما إذا نذر الصوم في رمضان في السفر ، وهو اختيار القاضي حسين والبغوي[٩] ، وجزم

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٥٦) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٥٦) .
(٣) الروضة (٣/ ٣٠٢) .
(٤) المحرر (ص ٤٨٣) .
(٥) الدقائق (ص ٧٦) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٤٤٥) ، و« فتح العزيز » (١٢/ ٤٠٢) .
(٧) المجموع (٨/ ٣٦٤) .
(٨) انظر « الحاوي » (ص ٦٥٥) .
(٩) انظر « التهذيب » (٨/ ١٦٥) .

الغزالي في « الوجيز » بعدم الانعقاد[1] ، وحكاه المروذي عن الأصحاب .

قال في « شرح المهذب » : كذا أطلقوه ، والظاهر أنهم أرادوا من لا يتضرر بالصوم في السفر دون من يتضرر ؛ لأنه ليس بقربة إذاً[2] .

٥٨٨٦- قوله : (**وركوع**)[3] أي : كركوع وحده . . فإنه لا يلزم بالنذر ، وقول الرافعي : يلزمه ركعة باتفاق المفرعين[4] ، مراده : من فرع على الضعيف فيما إذا نذر بعض ركعة . . أنه لا يلزمه ركعة ، فلا يرد ذلك على « الحاوي » .

* * *

---

(١) الوجيز (٢/ ٢٣٢) .

(٢) المجموع (٨/ ٣٤٥) .

(٣) انظر « الحاوي » (ص ٦٥٥) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٣٧٣) .

كتاب القضاء

٥٨٨٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٧] : (**هو فرض كفاية**) أي : قبول التولية ، أما إيقاع التولية للقاضي . . فهو فرض عين على الإمام وعلىٰ قاضي الإقليم في المعجوز عنه ، فإن لم يبلغ الإمام الخبر ؛ لبعده عنه . . تعين فرض التولية على القاضي ، وإن بلغه . . فالفرض عليهما ، فأيهما ولىٰ . . سقط الفرض ، ذكره الماوردي[١] .

وأما إيقاع القضاء بين المتنازعين . . ففرض عين على الإمام بنفسه أو نائبه ، وإذا ارتفعا إلى النائب . . فإيقاع القضاء بينهما فرض عين عليه ، ولا يحل له الدفع إذا كان فيه تعطيل وتطويل نزاع ، ذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقول « التنبيه » [ص ٢٥١] : (**ولاية القضاء فرض على الكفاية**) يخرج هٰذا الأخير ، لكنه ظاهر في إيقاع التولية ؛ فيؤول علىٰ أن المراد : قبول ولاية القضاء .

٥٨٨٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٧] : (**فإن تعين** ـ أي : إنسان ـ . . **لزمه طلبه**) فحذفه ؛ للعلم به ، ولو أفصح به . . لكان أولىٰ ، كما قال « التنبيه » [ص ٢٥١] : (**فإن لم يكن من يصلح إلا واحد . . تعين عليه ، ويلزمه طلبه**) و« الحاوي » [ص ٦٥٨] : (**ولزم متعين البلد طلبه**)

٥٨٨٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥١] : (**فإن امتنع . . أجبر عليه**) استشكل : بأنه بامتناعه من هٰذا الفرض الذي هو مناط المصالح العامة بعد تعينه فاسق .

وأجاب عنه الرافعي : بأنه يمكن أن يكون المراد أنه يؤمر بالتوبة أولاً ، فإذا تاب . . ولي[٢] ، وهو مشكل ؛ لأنه لا بد بعد توبته من مضي مدة الاستبراء ، ولم يشترطوه ؛ **فالصواب** ما أجاب به النووي : أنه لا ينبغي أن يفسق ؛ لأن امتناعه غالباً بتأويل ، فلا يعصي وإن كان مخطئاً في تأويله[٣] .

٥٨٩٠ـ قوله : (**وإن كان هناك غيره . . كره أن يتعرض له ، إلا أن يكون محتاجاً . . فلا يكره لطلب الكفاية ، أو خاملاً . . فلا يكره لنشر العلم**)[٤] فيه أمور :

أحدها : أن محل ذلك : فيما إذا كان ذلك الغير مساوياً له ، فإن كان دونه . . استحب القبول ،

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ٧) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٤١٢) .

(٣) انظر « الروضة » (١١/ ٩٢) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٥١) .

وكذا الطلب إذا وثق بنفسه ، جزم به في « الروضة » وأصلها[١] ، وذكره شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » بلفظ الصواب[٢] ، وذكره « الحاوي » بقوله [ص ٦٥٨] : (**وندب للأصلح**) ، وهو مأخوذ من مفهوم « المنهاج » في ذكره ما إذا كان غيره أصلح ، وما إذا كان مثله ، وإن كان أصلح منه . . جاز القبول بناء علىٰ جواز ولاية المفضول مع وجود الفاضل ، ولكن يكره الطلب ، وقيل : يحرم[٣] ، وعلى الكراهة مشى « الحاوي » و« المنهاج » ، لكنه قيد ذلك بما إذا كان ذلك الأصلح يتولاه[٤] ، ولا بد منه ، فإن كان لا يتولىٰ . . فهو كالمعدوم .

ولم تدرج هـٰذه الصورة في عبارة « التنبيه » لاستثنائه من الكراهة الحاجة والخمول ، وإنما استثنوها في صورة المساواة وأطلقوا الكراهة فيما إذا كان غيره أصلح ، وظاهر عبارة الرافعي والنووي عدم كراهة القبول فيما إذا كان غيره أصلح ؛ لأنهما إنما ذكرا الكراهة في الطلب[٥] ، لكن ذكر القاضي حسين : أنه يكره له القبول ، ويكره للإمام أن يبتدأه بالتولية ، ومحل الخلاف في ولاية المفضول مع الفاضل إذا لم يكن عذر ، فإن كان ؛ بأن كان أطوع في الناس وأقرب إلى القلوب . . انعقدت قطعاً ، قاله الماوردي .

ثانيها : ما ذكره من الكراهة في هـٰذه الحالة هو الذي في « شرحي الرافعي »[٦] ، ومشىٰ عليه « الحاوي »[٧] ، وفي « المنهاج » من زيادته[٨] ، لكن الذي في « المحرر » أن الأولىٰ تركه[٩] ، وذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » : أن تصحيح الكراهة ممنوع ؛ لأنه ليس هناك متعين ، والداخل من الذين يصلحون للقضاء مع التساوي في طلب القضاء داخل في طلب فرض كفاية ، وذلك إن لم ينته إلى الإيجاب ولا إلى الندب . . فلا أقل من انتفاء الكراهة .

ثالثها : أنه اقتصر في الحاجة والخمول على انتفاء الكراهة ؛ والذي في « المنهاج » و« الحاوي » ندب الطلب[١٠] ، وهنا تنبيهات :

أحدها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : يزاد على الخامل والمحتاج آخرين :

---

(١) فتح العزيز (١٢/ ٤١٣) ، الروضة (١١/ ٩٣) .
(٢) تذكرة النبيه (٣/ ٤٩١) .
(٣) المنهاج (ص ٥٥٧) .
(٤) الحاوي (ص ٦٥٩) ، المنهاج (ص ٥٥٧) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٤١٢) ، و« الروضة » (١١/ ٩٣) .
(٦) فتح العزيز (١٢/ ٤١٤) .
(٧) الحاوي (ص ٦٥٩) .
(٨) المنهاج (ص ٥٥٧) .
(٩) المحرر (ص ٤٨٤) .
(١٠) الحاوي (ص ٦٥٨) ، المنهاج (ص ٥٥٧) .

أحدهما : أن يكون ذاك الذي هو مثله في الاجتهاد أو التقليد يرتكب أموراً يضعف مدركها . . فهنا يندب الطلب ، وقد يقوى الإيجاب ولا سيما إذا كانت تلك الأمور ينقض القضاء فيها .

ثانيهما : إذا كان الذي مثله لا يقوم بكفاية الناس في خصوماتهم وأحوالهم إلا بجهد وتعب وتكلف وربما تأخر بعض القضايا للكثرة . . فيندب الطلب لمن يقوم بالمصالح بحيث يزول ما ذكر .

ثانيها : قال شيخنا أيضاً : محل ولاية المفضول مع الفاضل في المجتهدين أو المقلدين العارفين بمدارك مقلدهما ، فإن كان الفاضل مجتهداً أو مقلداً عارفاً بمدارك إمامه والمفضول ليس كذلك . . لم يجز توليته ولا قبوله ؛ ويدل لذلك توجيه الأصحاب الجواز : بأن تلك الزيادة خارجة عن الحد المطلوب .

ثالثها : قال شيخنا أيضا : المثلية والأصلحية يتناولان القوة في القيام في الحق ، فإذا كان أحدهما أقوىٰ من الآخر في القيام في الحق . . فقد يقتضي الحال هنا تعين الأقوىٰ ، ولا يتخرج على الخلاف في جواز تولية المفضول مع وجود الفاضل ؛ لأن الزائد هنا محتاج إليه ، بخلاف ما يتعلق بالعلم .

رابعها : قال شيخنا أيضا : في قول « المنهاج » [ص ٥٥٧] : **(وإن كان مثله . . فله القبول)** اقتصر عليه مع أنه يندب له القبول ؛ لأن في الوجوب وجهين ، ومن عينه الإمام لفرض من فروض الكفايات . . يطلب منه موافقة الإمام إما وجوباً وإما ندباً .

خامسها : محل هـٰذا التفصيل : فيما إذا لم يكن هناك قاض متول أو كان وهو غير صالح ، فإن كان وهو صالح ولو كان مفضولاً ؛ إن صححنا ولايته . . حرم الطلب والطالب مجروح ، حكاه في « أصل الروضة » عن الماوردي ، وأقره[1] ، وذكره « الحاوي » بقوله [ص ٦٥٩] : **(وحرم قبول غير المتعين بعزل غيرٍ)** وليس مطابقاً لكلام الماوردي ؛ فإن الماوردي إنما ذكر تحريم الطلب لا تحريم القبول .

سادسها : جميع ما تقدم في الطلب بغير بذل فأما مع البذل . . فأطلق جماعة تحريمه ، **والصحيح** : تفصيل ذكره الروياني ، وهو : أنه إن تعين عليه أو ندب له . . جاز ، وإلا . . فلا ، لكن لهـٰذا إذا كان متولياً البذل ؛ لئلا يعزل ، والبذل لعزل متول حرام إن كان صالحاً ، وإلا . . فمندوب ، والأخذ حرام مطلقاً .

٥٨٩١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٧] : **(والاعتبار في التعين وعدمه بالناحية)** و« الحاوي » [ص ٦٥٨] : **(ولزم متعين البلد طلبه)** ذكر الرافعي أن طرق الأصحاب متفقة عليه ، قال : وقضيته أن

---

(١) الروضة (١١/ ٩٣) ، وانظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ١٢) .

لا يجب علىٰ من يصلح للقضاء طلب القضاء ببلدة أخرىٰ لا صالح بها ولا قبوله إذا وُلِّي ، ويجوز أن يفرق بينه وبين القيام بسائر فروض الكفايات المحوجة إلى السفر ؛ كالجهاد وتعلم العلم ونحوهما ؛ بأنه يمكن القيام بتلك الأمور والعود إلى الوطن ، وعمل القضاء لا غاية له ؛ فالانتقال إليه هجرة ، وترك الوطن بالكلية تعذيب(١) .

قال في « المهمات » : ولم يتفقوا علىٰ ذلك ؛ ففيه خلاف حكاه في « الكفاية » عن ابن الصباغ وغيره .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هو عندنا متعقب نقلاً ودليلاً ، أما النقل : فليس ما ذكره مصرحاً به في كتاب من كتب الأصحاب ، لا العراقيين ولا المراوزة ، وأما الدليل : فلأنه يلزم تعطل البلدة التي ليس فيها من يصلح للقضاء عن قاض ، ولا يؤدي ذلك إلىٰ هجر الوطن بلا غاية ، بل الإمام ينظر في المصالح العامة والخاصة ، ويبعث قاضياً بعد قاض ، وقد بعث النبي صلى الله عليه وسلم علياً إلى اليمن قاضياً ، وكذلك بعث أبا موسىٰ ومعاذاً رضي الله عنهم ، واستمر الخلفاء بعده علىٰ ذلك من غير أن يقول أحد من المبعوثين : إنه لا يتعلق بي أمر البلد التي تريد أن تبعثني إليها ؛ لأنها ليست بلدي .

٥٨٩٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥١] : **(وينبغي أن يكون القاضي ذكراً ، حراً ، بالغاً ، عاقلاً ، عدلاً ، عالماً بالأحكام)** فيه أمور :

أحدها : أن قوله : **(ينبغي)** بمعنىٰ : يشترط كما عبر به « المنهاج »(٢) .

ثانيها : أنه أهمل من الأوصاف المشترطة فيه الإسلام ، وقد ذكره « المنهاج »(٣) ، وحذفه في « الروضة » استغناء عنه بالعدالة .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : اشتراط الإسلام إنما هو في قاضي المسلمين أو المطلق ، فأما قاضي الكفار . . فلا يشترط إسلامه ، وللإمام أن ينصب بينهم قاضياً كافراً ، ثم ذكر قول « أصل الروضة » : إنه لا يصح تولية الكافر ولو علىٰ كافر ، وقول الماوردي : إن ما جرت به عادة الولاة من نصب رجل بين أهل الذمة . . فهو تقليد رياسة وزعامة ، لا تقليد حكم وقضاء ، ولا يلزمهم حكم بإلزامه(٤) ، ثم قال شيخنا : إنه ممنوع ؛ لمخالفة نصوص الشافعي رضي الله عنه ، وما اشتهر بين الأصحاب ، وأهمل أيضاً : كونه سميعاً بصيراً ناطقاً ، وقد ذكرها « المنهاج »(٥) ، وجمع ذلك

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٤١٤) .
(٢) المنهاج (ص ٥٥٧) .
(٣) المنهاج (ص ٥٥٧) .
(٤) الروضة (١١/ ٩٦ ، ٩٧) ، وانظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ١٥٨) .
(٥) المنهاج (ص ٥٥٧) .

« الحاوي » بقوله [ص ٦٥٨] : (**أهل القضاء والنيابة العامة أهل للشهادات**) ، ويستثنىٰ من اشتراط البصر : القاضي الذي ينزل أهل القلعة علىٰ حكمه ؛ فيجوز كونه أعمىٰ كما هو مذكور في موضعه ، وأهمل كونه كافياً ، وقد صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[1] ، وأخرجا به المغفل الذي اختل رأيه بكبر أو مرض ونحوهما ، مع أنه خرج بذكر الاجتهاد ، فمن هو كذلك . . ليس من أهل الاجتهاد ، قاله في « المهمات » .

ثالثها : المراد : كونه عالماً بالأحكام بالاجتهاد كما صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[2] ، ويستثنىٰ منه مسألتان :

أحدهما : المولّىٰ في واقعة معينة يكفيه أن يعرف الحكم فيها بطريق الاجتهاد المتعلق بتلك الواقعة بناء علىٰ أن الاجتهاد يتجزأ ، **وهو الأرجح** ، وقد أشار إلىٰ ذلك « الحاوي » بقوله [ص ٦٥٨] : (**والنيابة العامة**) .

ثانيهما : الحاكم الذي ينزل أهل القلعة علىٰ حكمه ؛ ففي « أصل الروضة » : أنهم أطلقوا أنه يشترط كونه عالماً ، وربما قالوا : فقيهاً ، وربما قالوا : مجتهداً ، قال الإمام : ولا أظنهم شرطوا أوصاف الاجتهاد المعتبرة في المفتي ؛ ولعلهم أرادوا : [المهتدي][3] إلىٰ طلب الصلاح وما فيه النظر للمسلمين[4] .

رابعها : أهمل هو « والمنهاج » أيضاً أن يكون ممن تجوز شهادته ، فمن لا تجوز شهادته من أهل البدع . . لا يجوز تقليده القضاء ، وقد تناوله قول « الحاوي » [ص ٦٥٨] : (**أهل للشهادات**) ، قال الماوردي : وكذا لا يجوز تقليد من لا يقول بالإجماع أو بأخبار الآحاد ، وكذا حكم نفاة القياس الذين لا يقولون بالاجتهاد أصلاً ، بل يتبعون النصوص ، فإن لم يجدوا . . أخذوا بقول سلفهم كالشيعة ، حكاه عنه في « أصل الروضة » ، وأقره[5] ، وفيها أيضاً عن الصيمري : أنه يشترط في الشاهد أن يكون غير محجور عليه بسفه[6] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ويشترط ذلك في القاضي قطعاً ؛ لأن مقتضى القضاء التصرف على المحجور عليهم ، قال : وأما الإكراه . . فإنه مانع من صحة القبول ، إلا فيما تعين عليه .

---

(١) الحاوي (ص ٦٥٨) ، المنهاج (ص ٥٥٧) .
(٢) الحاوي (ص ٦٥٨) ، المنهاج (ص ٥٥٧) .
(٣) في « نهاية المطلب » ، و« الروضة » : (التهدي) .
(٤) الروضة (١٠/ ٢٩١) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٥٤١) .
(٥) الروضة (١١/ ٩٨) .
(٦) الروضة (١١/ ٢٤٥) .

٥٨٩٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥١] : (**وقيل : يجوز أن يكون أمياً ، وقيل : لا يجوز**) ، **الأصح** : جوازه ، وهو مفهوم من عدم اشتراط « المنهاج » و« الحاوي » الكتابة .

٥٨٩٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٧ ، ٥٥٨] : (**فإن تعذر جمع هٰذه الشروط فولَّىٰ سلطان له شوكةٌ فاسقاً أو مقلداً . نَفَذَ قضاؤه للضرورة**) و« الحاوي » [ص ٦٥٨] : (**فإن تعذر من ولاه ذو شوكة**) فيه أمور :

أحدها : هٰذا الكلام قاله الغزالي[١] ، واستحسنه الرافعي[٢] ، وجزم به في « المحرر »[٣] ، وقال ابن الصلاح وابن أبي الدم وابن شداد : لا نعلم أحداً ذكر ما ذكره الغزالي ، والذي قطع به العراقيون والمراوزة : أن الفاسق لا تنفذ أحكامه ، ورد في « المهمات » ما قالوه ؛ بأن الرافعي حكىٰ في البغاة عن المعتبرين : أنه إن كان قاضيهم لا يستحل دماء أهل العدل وأموالهم . . نفذ حكمه ، وإن استحلها . . لم ينفذ ، ومنهم من أطلق نفوذه[٤] ، وبأن في « البحر » . . يحتمل وجهين : أحدهما : لا ينفذ ويتحاكمون إلىٰ من هو أهل القضاء ، فإن لم يجدوا أهلاً له . . نفذت أحكامه للضرورة ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : سبق الدارمي الغزالي إلىٰ كلام أعم مما قال ، فقال : في « الاستذكار » : إن ولي من ليس بأهل . . فعلىٰ كل واحد عزله وتولية غيره ، فإن لم يقدروا . . قضىٰ بهم ، قال : فقوله : (قضىٰ بهم) يعني : نفذ قضاؤه للضرورة . انتهىٰ .

وقال ابن الرفعة : **الحق** أنه إذا لم يكن ثَمّ من يصلح للقضاء . . نفذ حكمه قطعاً ، وإلا . . فتردد .

ثانيها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : السلطان ذو الشوكة إذا ولىٰ فاسقاً . . نفذ قضاؤه للضرورة ، وإن لم يتعذر جمع هٰذه الشروط ، وإذا تعذر جمع هٰذه الشروط . . فتولية المقلد صحيحة ، وإن صدرت من غير ذي الشوكة .

قلت : إذا تعذر جمع هٰذه الشروط . . لم تكن السلطنة إلا بالشوكة ؛ فإن من شرطها : الاجتهاد ، والفرض تعذره ، فلا يوجد مع ذلك خلافة صحيحة ، والله أعلم .

ثالثها : قال شيخنا أيضاً : إن قاضي الضرورة لا يستحق جامكية على القضاء من بيت المال ؛ لأن ذلك يتعلق به خاصة ولا ضرورة للناس تتعلق بذلك ، وإذا زالت شوكة من ولاه . . انعزل ؛ لزوال المقتضي لدوام ولايته .

---

(١) انظر « الوجيز » (٢/٢٣٧) ، و« الوسيط » (٧/٢٩١) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١٢/٤١٨) .
(٣) المحرر (ص ٤٨٤) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١١/٨٢) .

رابعها : قال في « المهمات » : التقييد بالفاسق والجاهل يشعر بأنه لا ينفذ من المرأة والكافر ، وهو ظاهر ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : تنفذ أحكامها للضرورة ، وفي « البحر » عن جده رواية وجهين في أن المرأة إذا قلدت القضاء علىٰ مذهب أبي حنيفة فيما يجوز أن تكون شاهدة فيه فحكمت . . هل يحل للحاكم الشافعي نقض حكمها ؟

أحدهما : نعم وهو اختيار الإصطخري .

والثاني : لا ؛ لأنه مجتهد فيه[1] ، قال شيخنا : وكذا ينفذ حكم الأعمىٰ للضرورة فيما يعرفه وينضبط له ، قال : ومقتضىٰ كلام الخوارزمي في العبد والصبي : المنع جزماً ، قال : والذي عندي في العبد أنه ينفذ أحكامه للضرورة ، بخلاف الصبي ؛ لعدم صحة عبارته ، وقد دخل جميع هـٰذه الصور في قوله : (**من ولاه ذو شوكة**)[2] .

٥٨٩٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٨] : (**ويُندب للإمام إذا ولىٰ قاضياً أن يأذن له في الاستخلاف**) قيده الشافعي رضي الله عنه في « مختصر المزني » بالأطراف فقال : (وأحب للإمام إذا ولى القضاء رجلاً أن يجعل له أن يولي القضاء في الطرف من أطرافه)[3] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ومقتضاه أنه لا يندب له ذلك إلا بهـٰذا القيد ، وهو المعتمد .

٥٨٩٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٢] : (**وإن احتاج إلىٰ أن يستخلف في أعماله لكثرتها . . استخلف**) فيه أمران :

أحدهما : محله ما إذا لم ينهه عن ذلك ، وقد صرح به « المنهاج » فقال [ص ٥٥٨] : (**فإن نهاه . . لم يستخلف**) فلو كان المفوض إليه مما لا يمكنه القيام به . . ففي « الشامل » عن القاضي أبي الطيب : أن هـٰذا النهي كالعدم ، والأقرب أحد أمرين ؛ إما بطلان التولية ، وإما اقتصاره على الممكن وترك الاستخلاف ، قال النووي : هـٰذا أرجحهما[4] ، وقال في « الكفاية » : إنه المشهور .

قال شيخنا ابن النقيب : والذي يظهر أن الأقرب من كلام الرافعي أو ابن الصباغ[5] ، وجزم في « التوشيح » بأنه من كلام الرافعي[6] .

---

(١) بحر المذهب (١١/ ٢٥٤) .

(٢) الحاوي (ص ٦٥٨) .

(٣) مختصر المزني (ص ٣٠٢) .

(٤) انظر « الروضة » (١١/ ١١٩) .

(٥) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ١٩٠) .

(٦) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٤٣٣) .

وقال في « المهمات » : إطلاقهم يقتضي أنه لا فرق في تعاطي الممكن بين أن يكون إمكانه مقارناً للتولية أو طارئاً عليها .

وقال في « التوشيح » : قوله : (**لم يستخلف**)[1] يحتمل شيئين :

أحدهما : شمول ولايته للممكن وغيره ، ولكن لا يجوز له الاستخلاف ، وهو **أظهر** الاحتمالين في عبارة « المنهاج » .

والثاني : اقتصار ولايته على الممكن ، فلا يكون قاضياً فيما زاد ، وهو **أظهر** الاحتمالين في قول « الروضة » : (وإما اقتصاره على الممكن وترك الاستخلاف)[2] ، ويظهر أثر هـٰذا فيما لو كان عاجزاً عن الولاية عن شيء ثم قدر عليه . . فعلى **الأظهر** من عبارة « المنهاج » : له القضاء فيه ، وعلىٰ **الأظهر** من عبارة « الروضة » : ليس له ؛ لأن ولايته لم تشمله .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وما رجحه النووي ممنوع فيما إذا كان ذلك لاتساع العمل ؛ كمصرين متباعدين كالبصرة وبغداد ؛ فإنه إن قيل : صحت الولاية فيهما . . كان تصحيحاً لها مع عدم إمكان القيام بها ، وإن قيل : صحت في مصر منهما غير معين . . صار كأنه قال : وليتك القضاء في إحدى البلدين ، وهـٰذا لا يصح ، فلم يبق إلا بطلان التولية .

وفي « الحاوي » للماوردي : هو بالخيار في النظر في أيهما شاء ، فإذا نظر في أحدهما . . ففي انعزاله من الآخر وجهان محتملان[3] .

ثانيهما : قد يفهم جواز الاستخلاف في الكل ، **والأصح** : أنه لا يجوز الاستخلاف إلا في القدر المعجوز عنه ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٥٥٨] : (**استخلف فيما لا يقدر عليه لا غيره في الأصح**) .

قال الرافعي : **والقياس** فيما إذا أذن له في الاستخلاف : أن يكون في القدر المستخلف فيه هـٰذان الوجهان ، إلا أن يصرح بالاستخلاف في الجميع ، وقطع ابن كج بالجواز في الكل عند مطلق الإذن[4] .

وذكر في « التوشيح » أن عبارة « التنبيه » هنا أحسن من عبارة « المنهاج » لأن قوله : (**وإن احتاج**)[5] ينبي عن كونه لا يمكنه القيام بما تولاه .

قلت : قول « المنهاج » : في القدر المعجوز عنه أشد دلالة علىٰ ذلك .

---

(١) المنهاج (ص ٥٥٨) .
(٢) الروضة (١١/١١٩) .
(٣) الحاوي الكبير (١٦/ ٣٣٠) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٤٣٣) .
(٥) التنبيه (ص ٢٥٢) .

٥٨٩٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٢] : (**وإن لم يحتج . . فقد قيل : يجوز ، وقيل : لا يجوز إلا أن يؤذن له في ذلك**) الثاني هو **الأصح** ، وعليه مشى « المنهاج »[1] .

٥٨٩٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٢] : (**استخلف من يصلح أن يكون قاضياً**) قيده « المنهاج » فقال [ص ٥٥٨] : (**وشرط المستخلف كالقاضي ، إلا أن يستخلف في أمر خاص** ـ كسماع بينة ـ **فيكفي علمه بما يتعلق به**) ، وظاهره اشتراط الاجتهاد في ذلك الخاص ، وهو قياس قاعدة الباب ، لكن في « الروضة » وأصلها : أنه لا يشترط رتبة الاجتهاد فيه ، وحكاه عن الشيخ أبي محمد وغيره[2] ، واستحسن في « النهاية » كلام شيخه ، ثم قال : ولكن ينبغي أن يكون مستقلاً بما يليق بسماع الدعوىٰ وأحكام البينات ، وهـٰذا يحْوِجِ إلىٰ حظ صالح من الفقه[3] .

وظاهر كلام « المنهاج » أن الخلاف في الاستخلاف جار في الأمور الخاصة أيضاً ، وهو مقتضىٰ إطلاق الأكثرين ، وقطع القفال بجوازه في الخاصة للضرورة ، ويوافقه جزم « الروضة » وأصلها بانعزال الخليفة في شيء خاص بموت القاضي وانعزاله، وجعل الخلاف في انعزال الخليفة العام[4] .

٥٨٩٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٨] : (**ويحكم باجتهاده أو اجتهاد مقلده إن كان مقلداً ، ولا يجوز أن يشرط عليه خلافه**) ، لم يبين فيما إذا شرط عليه خلافه . . هل تصح ولايته أم لا ؟ وفي « أصل الروضة » : عن « الوسيط » فيما لو شرط القاضي الحنفي على النائب الشافعي الحكم بمذهب أبي حنيفة . . له الحكم في المسائل التي اتفق عليها الإمامان دون المختلف فيها ، قال : وهـٰذا حكم منه بصحة الاستخلاف ، لكن قال الماوردي وصاحبا « المهذب » و« التهذيب » وغيرهم : لو شرط الإمام على القاضي مذهباً عينه . . بطلت الولاية ، وهـٰذا يقتضي بطلان الاستخلاف هناك ، وفي « فتاوى القاضي حسين » : لو شرط أن لا يقضي بشاهد ويمين ولا علىٰ غائب . . صحت التولية ولغا الشرط ؛ فيقضي باجتهاده ، ومقتضاه : أن لا يراعي الشرط هناك ، قال الماوردي : ولو لم يقع صيغة شرط ؛ كوليتك فاحكم بمذهب الشافعي ، أو لا تحكم به . . قال الماوردي : صح التقليد ولغا الأمر والنهي ، وفيه احتمال ، قال : ولو قال : لا تحكم في قتل المسلم بالكافر والحر بالعبد . . جاز ، وقد قصر عمله علىٰ باقي الحوادث ، وحكىٰ وجهين فيما لو قال : لا تقض فيهما بقصاص : أنه يلغو ، أم يكون منعاً له من الحكم بالقصاص نفياً وإثباتاً ؟ انتهىٰ[5] .

---

(١) المنهاج (ص ٥٥٨) .

(٢) فتح العزيز (١٢/ ٤٣٤) ، الروضة (١١/ ١١٩) .

(٣) نهاية المطلب (١٨/ ٥٨٥) .

(٤) فتح العزيز (١٢/ ٤٣٣) ، الروضة (١١/ ١١٩) .

(٥) الروضة (١١/ ١٢٠) ، وانظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ٢٥) ، و« المهذب » (٢/ ٢٩١) ، و« الوسيط » (٧/ ٢٩٢) ، و« التهذيب » (٨/ ١٩٥) .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **والأرجح** : أنه يلغو ، وإذا كان القاضي ألغا الشرط . . فإلغاء النهي أولىٰ ، قال : وتلخص من ذلك أن **المعتمد** في التولية بشرط أن يقضي بمذهب غيره : أن التقليد باطل ، وأنه يلغو ما صدر من أمر ونهي مخالفين لعقيدة الحاكم .

٥٩٠٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥١] : (**فإن تحاكم رجلان إلىٰ رجل يصلح للقضاء ، فحكماه في مال . . ففيه قولان ، أحدهما** : **أنه لا يلزم ذلك الحكم إلا أن يتراضيا به بعد الحكم ، والثاني** : **يلزم بنفس الحكم**) **الأظهر** : الثاني كما في « المنهاج » ، فقال [ص ٥٥٨] : (**ولا يُشترط الرضا بعد الحكم في الأظهر**) و« الحاوي » فقال [ص ٦٦٧] : (**والحكم علىٰ [التراضي]**[1] **برضاه الأول**) ، وهل يستثنىٰ من ذلك : ما إذا كان لا يحكم لكل منهما كالأبعاض ؟ فيه وجهان حكاهما الرافعي عن السرخسي[2] ، وينبغي ترجيح المنع ؛ لأنه لا يزيد على الحاكم بالولاية .

واستثنىٰ من ذلك شيخنا في « تصحيح المنهاج » : الوكيلين ؛ فلا يكفي تحكيمهما ، بل المعتبر تحكيم الموكلين ، والوليين ، فلا يكفي تحكيمهما إذا كان مذهب المحكم يضر بأحدهما ، والمحجور عليه بالفلس ، فلا يكفي رضاه إذا كان مذهب المحكم يضر بغرمائه ، والمأذون له في التِّجارة وعامل القراض لا يكفي تحكيمهما ، بل لا بد من رضا المالك ، وإن كان هناك ديون . . فلا بد من رضا الغرماء ، والمكاتب إذا كان مذهب المحكم يضر به . . لا بد من رضا السيد ، والمحجور عليه بالسفه لا أثر لتحكيمه ، قال : ولم أر من تعرض لذلك[3] .

وفي كلام « التنبيه » و« المنهاج » أمور :

أحدها : أنه خرج بقول « التنبيه » [ص ٢٥١] : (**رجلان**) « والمنهاج » [ص ٥٥٨] : (**خصمان**) التحكيم في التزويج فلا خصومة ، وليس هناك إلا رجل واحد ، وفي النص الذي حكاه يونس ابن عبد الأعلىٰ ما يقتضي الاكتفاء بتحكيم المرأة من غير نظر إلىٰ إدخال الزوج في التحكيم ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وكذا قال به جمع من الأصحاب ، **والأرجح** : اعتبار إدخال الزوج في التحكيم ؛ لأنه الذي يقبل ، وهو ركن في النكاح ، ولو كان الزوج سفيهاً . . فلابد من إذن وليه له في النكاح ، والتحكيم من وليه ، فإن صدر من السفيه بعد إذن الولي . . ففي الاكتفاء به تردد ، **والأرجح** : المنع .

ثانيها : مقتضىٰ تعبيرهما برجل : أنهما لو حكما رجلين . . لم يجز ، وليس كذلك ، بل يجوز كما هو مجزوم به في تحكيم أهل القلعة .

---

(١) في « الحاوي » : (الراضي) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (١٢/٤٣٧) .

(٣) انظر « حاشية الرملي » (٤/٢٨٨) .

ثالثها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محل الخلاف في غير النازلين من القلعة على حكم المحكم ؛ فإنه إذا حكم بأمر . . لم يحتج بعد الحكم قطعاً ، قال : ويستثنى منه أيضاً : اللعان ، فإذا قلنا بدخول التحكيم فيه وهو **الأظهر** . . لم يشترط الرضا بعد صدور اللعان من الزوج قطعاً ؛ لحصول الفرقة باللعان ؛ ولهذا قال الماوردي : إذا قلنا : لابد من الرضا بعد الحكم . . لا يدخل التحكيم في اللعان .

رابعها : قال شيخنا أيضاً : من العراقيين من يحكي هذا الخلاف قولين ، ومنهم من يحكيه وجهين ، ولم أجد للشافعي ما يقتضي إثبات القولين ، وقال الماوردي : إنه نص عليهما في اختلاف العراقيين[1] ، وليس كذلك ؛ فالموجود في اختلاف العراقيين جواز هذا التحكيم وعدمه ، لا اعتبار رضا جديد .

٥٩٠١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥١] : (**وإن رجع فيه أحدهما قبل أن يحكم . . فقد قيل : يجوز ، وقيل : لا يجوز**) **الأصح** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[2] .

٥٩٠٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥١] : (**وإن تحاكما إليه في النكاح واللعان والقصاص وحد القذف . . فقد قيل : يجوز ، وقيل : لا يجوز ، وقيل : على القولين**) **الأصح** : طريقة الخلاف ، **والأصح منه** : الجواز في غير عقوبة لله تعالى من حد وتعزير ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٥٥٨] : (**ولو حكم خصمان رجلاً في غير حد لله تعالى . . جاز مطلقاً**) ثم قال : (**وقيل : يختص بمال دون قصاص ونكاح ونحوهما**) ، والتقييد بغير حد الله تعالى ليس في « المحرر »[3] ، ولا بد منه ، وكان ينبغي التعبير بالعقوبة كما عبرت به ؛ ليتناول التعزير ، ومسألة العقوبة واردة على إطلاق « الحاوي » ، وطريقة القطع بالجواز غريبة ليست في الرافعي و« الروضة » ، ونسبها في « الكفاية » عن حكاية ابن الصباغ وغيره عن الأكثرين ، وأن النووي صححها ، ولم يصحح إلا الجواز من حيث هو ، وأما القطع به . . فلم يذكره ، وظاهر كلامهم أن الخلاف جار في تعاطي ذلك وإثباته ، وفرض ذلك في « الكفاية » في الإثبات ، ثم قال : ولو كان الترافع في النكاح لأجل العقد . . **فالأصح** عند الروياني وغيره : الصحة مع القدرة على الحاكم ، وصور الجيلي مسألة القصاص وحد القذف بما إذا طلب المستحق . . هل له إثباته بالبينة واستيفاؤه ؟ والمصحح في « الروضة » وأصلها : أنه ليس للمحكم الحبس ، بل غايته الإثبات والحكم[4] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٦٧] : (**بلا حبس وعقوبة**) .

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ٣٢٦) .
(٢) الحاوي (ص ٦٦٧) ، المنهاج (ص ٥٥٨) .
(٣) المحرر (ص ٤٨٤) .
(٤) فتح العزيز (١٢/ ٤٣٧) ، الروضة (١١/ ١٢٢) .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ومقتضاه : أنه ليس له أن يوكل بالمستحق عليه من يلازمه ، وصرح في « النهاية » عن والده الشيخ أبي محمد بأنه ليس إليه استيفاء العقوبات ، وإنما إليه إثباتها ؛ فإن إقامتها استقلالٌ عظيم وخرمٌ لأبهة الولاية ، وصحح ما قاله والده[1] ، وتبعه عليه الغزالي[2] ، وحمل شيخنا في « تصحيح المنهاج » قوله : (**في غير حد لله تعالىٰ**) علىٰ ما إذا كان مستقلاً، فإن كان في ضمن تحكيم في حق آدمي . . تناوله حكم المحكم، قال: وذلك في صورتين :

أحدهما : إذا حكم الزوجان في اللعان ، فلاعن الزوج بأمر المحكم . . توجب حد الزنا على الزوجة ضمناً ، ولها رفعه باللعان ، قال : وإنما قلنا هـٰذا ؛ لأنهم وجهوا منع التحكيم في العقوبة المتمحضة لحق الله تعالىٰ بأنه لا طالب لها متعين ، فيتعذر التحكيم فيها ، وفي هـٰذه الصورة الزوج طالب لنفي حد القذف عنه ، والزوجة طالبة لحد القذف ، فإذا لاعن . . سقط عنه حد القذف ووجب حد الزنا عليها ؛ لصحة التحكيم من الزوجين في اللعان المتضمن لإثبات حد الزنا ، قال : ولم أر من تعرض لذلك ، قال : ولو حكماه في أمر القذف ، فأقام الزوج بنية بزناها . . سقط حد القذف عن الزوج ، وفي وجوب حد الزنا عليها تردد ؛ لتضمن اللعان إيجاب حد الزنا ، وقد يسقط حد القذف ولا يجب حد الزنا .

الثانية : حكم السارق والمالك في المال المسروق ، فأنكر ونكل وحلف المالك ، وقلنا : يثبت القطع باليمين المردودة عند الحاكم . . فكذلك المحكم ، ولو أقام بينة . . ففي ثبوت القطع تردد .

٥٩٠٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٨] : (**وفي قول : لا يجوز**) جرىٰ علىٰ طريقة القولين ، ولم يحك الرافعي غيرها ، لكن طريقة العراقيين القطع في المال ، وحكاها في « الكفاية » عن الجمهور ، وعليها مشى « التنبيه » ، فلم يحك خلافاً في التحكيم في المال ، وإنما حكى الخلاف في أنه يلزم بنفس الحكم أم لا[3] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محل هـٰذا القول فيما إذا لم يكن أحد المحكمين الإمام والآخر منازعه في الإمامة . . فيجوز هنا التحكيم قولاً واحداً ؛ لإجماع الصحابة في قضية علي ومعاوية رضي الله عنهم ، وكذا لا خلاف في تحكيم الإمام وأهل قلعة من الكفار في نزولهم علىٰ حكم فلان ، وكذا إذا خلا الزمان عن قيام الإمام بأحكام الإسلام فينفذ حكم المحكم قطعاً ، ذكره الإمام في « الغياثي » ، قال شيخنا : وينبغي هنا أن يستوفي العقوبات المتعلقة بالآدميين ويحبس في حقوقهم .

---

(١) نهاية المطلب (١٨/ ٥٨٤) .
(٢) انظر « الوجيز » (٢/ ٢٣٨) .
(٣) التنبيه (ص ٢٥١) .

٥٩٠٤ـ قوله : (**ولا ينفذ حكمه إلا علىٰ راض به**)[1] و« الحاوي » [ص ٦٦٧] : (**والحكم على الراضي**) قال في « أصل الروضة » : قال السرخسي : وإنما يشترط رضا المتحاكمين إذا لم يكن أحدهما القاضي نفسه ، فإن كان . . فهل يشترط رضا الآخر ؟ فيه اختلاف نص ، **والمذهب** : أنه لا يشترط ، وليكن هـٰذا مبنياً علىٰ جواز الاستخلاف إن جاز ؛ فالمرجوع إليه نائب القاضي[2] .

وقال ابن الرفعة : لا يحسن هـٰذا البناء ؛ فإن ابن الصباغ وغيره قالوا : إن التحاكم إلى الشخص لا يكون تولية .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » وقضية هـٰذا البحث : أنا إن لم نجوز الاستخلاف . . اشترط الرضا من الجانبين ، وهو ظاهر ، قال : وقضية ذلك : أن يشترط الرضا من الجانبين في التنازع مع الإمام في مال إذا جعلناه محكماً من متنازعين ولم يجعله نائب الإمام ، وقال الشيخ أبو حامد في تحاكم عمر وأُبَيّ إلىٰ زيد بن ثابت رضي الله عنهم : فدل علىٰ أن حكمه لازم إجماعاً منهم علىٰ ذلك ، وقال في « الشامل » : لا يصير برضا الإمام بحكمه حاكماً .

٥٩٠٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥١] : (**ويجوز أن يكون في البلد قاضيان وأكثر ، ينظر كل واحد منهم في موضع**) كذا لو اختص أحدهما بزمن أو نوع ، ذكره « المنهاج » ، قال [ص ٥٥٨] : (**وكذا إن لم يخص في الأصح ، إلا أن يشرط اجتماعهما على الحكم**) وفيه أمور :

أحدها : أن عبارة « المنهاج » [ص ٥٥٨] : (**ولو نصب قاضيين**) فقد يفهم اختصاص ذلك باثنين ، ورفع « التنبيه » هـٰذا الإبهام بقوله : (**وأكثر**) ولكنه لم يذكر لذلك حداً ، وقد قال الماوردي : إن كثروا ـ يعني : والصورة إثبات الاستقلال لكل واحد ـ . . لم يصح جزماً ، ولم يحد الكثرة بشيء ، وفي « المطلب » بعد حكايته لجواز أن يناط ذلك بقدر الحاجة . . وعندي أن يرجع في ذلك إلى العرف .

ثانيها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إن ظاهره التخصيص بمكان الحكم ، وهـٰذا لا يخلص في الجزم بالجواز ؛ لأنه إذا خصص مكان الحكم ، ولكن عمم مكان الطلب . . فلا يجزم فيه بالجواز ؛ لأن المعنى المذكور في توجيه المنع من تنازع الخصمين في اختيارهما وفي إجابة داعيهما موجود هنا ، قال : **فالصواب** أن يقال : وخصص كلاً منهما بمكان حكماً وطلباً .

ثالثها : أن محل الخلاف : فيما إذا جعلهما أصلين ، فإن جعل أحدهما . . أصلاً والآخر خليفة عنه . . جاز قطعاً ؛ لأن المعنى المقتضي للمنع : تنازع الخصمين في اختيارهما وإجابة داعيهما ، وهنا يجاب داعي الأصل كالإمام مع القاضي .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٥٨) .
(٢) الروضة (١١/١٢٢) .

رابعها : أن تعبيره بالأصح يقتضي أنه وجه ، وقد نص عليه الشافعي كما حكاه في « البحر » ، وقوة مقابله مع أنه ضعيف جداً .

خامسها : دخل في قوله : (**وكذا إن لم يخص**)[1] قسمان : **أحدهما** : أن ينص على التعميم ، ويثبت لكل منهما الاستقلال ، وفيه الوجهان ، **والآخر** : أن يطلق ، فلا يشرط اجتماعاً ولا استقلالاً ؛ فقال صاحب « التقريب » : يحمل علىٰ إثبات الاستقلال تنزيلاً للمطلق علىٰ ما يجوز ، وقال غيره : التولية باطلة ، قال النووي : الأول أصح ، وبه قطع في « المحرر »[2] .

قال شيخنا ابن النقيب : وليس في « المحرر » إلا هـٰذا الإطلاق الذي في « المنهاج » ، فهو ظاهر في التعميم[3] .

وقال في « المهمات » : ما ذكره من قطع « المحرر » غلط ، بل حكىٰ وجهين .

قلت : لم يقل النووي أن « المحرر » قطع بالجواز ، بل قال : إنه قطع بما قاله في « التقريب » ، وهو إلحاق صورة الإطلاق بصورة إثبات الاستقلال ، وتلك فيها وجهان ؛ فهـٰذه أيضاً كذلك ، فلا إيراد عليه .

قال في « المهمات » : ويحتاج إلى الفرق بين هـٰذه المسألة وبين ما إذا قال الموصي : أوصي[4] إلىٰ من شئت أو إلىٰ فلان ، ولم يقل : عني ولا عنك . . فصحح البغوي : أنه يحمل علىٰ كونه عن الوصي حتىٰ لا يصح ، ولم ينزل المطلق علىٰ ما يجوز .

قلت : ويمكن الفرق : بأن الأصل منع وصاية الوصي إلا إن صرح الموصي بأن يوصي عنه ، بخلاف تولية القضاء ؛ فإنه جائز ، والظاهر من اللفظ إرادة الاستقلال .

سادسها : ما ذكره من البطلان عند شرط اجتماعهما على الحكم قاله في « النهاية »[5] ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه ليس بمعتمد ، والذي نقوله أحد وجهين إما صحة التولية وإلغاء الشرط [وهو **الأرجح**][6] ، وإما صحة الشرط ولا يحكمان إلا بما يتفقان عليه ، وهو الذي في زوائد العمراني عن القاضي أبي حامد ، وقال : إنهما يجريان مجرى القاضي الواحد ؛ ويؤيده صورة النزول من القلعة علىٰ حكم اثنين ؛ فإنه جائز ، ولا يحكمان إلا بما يتفقان عليه .

---

(١) المنهاج (ص ٥٥٨) .
(٢) الروضة (١١/ ١٢١) ، وانظر « المحرر » (ص ٤٨٥) .
(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ١٩٢) .
(٤) كذا في النسخ ، وهو لغة لبعض العرب ، انظر « البحر المحيط » (٥/ ٣٤٣) .
(٥) نهاية المطلب (١٨/ ٥٣٥) .
(٦) في (د) : (وهو الأصح) .

فَصْلٌ

[فيما يقتضي انعزال القاضي أو عزله وما يذكر معه]

٥٩٠٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٨] : (**جن قاضٍ ، أو أغمي عليه ، أو عَمِيَ ، أو ذهبت أهلية اجتهاده وضبطه بغفلةٍ أو نسيان . . لم ينفذ حكمه**) قد يُفْهِمُ بقاءه علىٰ ولايته وإن لم ينفذ حكمه ؛ كمن هو في غير ولايته ، وفائدته استمرار ثوابه ، وليس كذلك ، فلو قال : (انعزل) كما عبر به « الحاوي »[1] . . لكان أولىٰ ، وهـٰذا هو مراده ؛ لقوله بعده : (**فإن زالت هـٰذه الأحوال . . لم تعد ولايته في الأصح**)[2] .

ويستثنىٰ من العمىٰ : ما لو عمي بعد سماع البينة وتعديلها . . **فالأصح** : أنه ينفذ قضاؤه في تلك الواقعة إن لم يحتج إلى الإشارة ، كما ذكره في « الروضة » في الشهادات[3] ، ولا يخفىٰ أن تعبير « المنهاج » بذهاب أهلية اجتهاده . . . إلىٰ آخره ، أعم من تعبير « الحاوي » عن ذلك بالنسيان .

٥٩٠٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٨] : (**وكذا لو فسق في الأصح**) نازع شيخنا في « تصحيح المنهاج » في إثبات خلاف ذلك ، وقال : لا يعرف في شيء من كتب الطريقين ، وإنما حكى الإمام في « النهاية » عدم انعزاله عن بعض الأصوليين[4] ، قال : **والصواب** الذي يقتضيه كلام الشافعي رضي الله عنه وأصحابه : القطع بالانعزال بالفسق المنافي لابتداء الولاية .

٥٩٠٨ـ قوله : (**فإن زالت هـٰذه الأحوال لم تعد ولايته في الأصح**)[5] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محله في غير المريض الذي حصل له ما يمنعه من الاجتهاد من غير حصول إغماء ؛ فإنه وإن لم ينفذ حكمه فيه . . لا ينعزل إذا كان مرجو الزوال ، فإذا زال المانع . . فولايته مستمرة قطعاً ، ذكره الماوردي[6] ، وهو **الصواب** ، ولا توقف فيه .

٥٩٠٩ـ قوله : (**وللإمام عزل قاض ظهر منه خللٌ ، أو لم يظهر وهناك أفضل منه أو مثله وفي عزله به مصلحة كتسكين فتنة ، وإلا . . فلا**)[7] فيه أمور :

أحدهـا : أن ذلك لا يختص بالإمام ؛ فالقاضي مع نوابه كذلك ؛ ولذلك لم يقيـده « الحاوي »

---

(١) الحاوي (ص ٦٥٩) .

(٢) المنهاج (ص ٥٥٨) .

(٣) الروضة (١١/ ٢٦٠ ، ٢٦١) ، وفي حاشية (ج) : (و « الحاوي » أيضاً فيها) .

(٤) نهاية المطلب (١٨/ ٥٨٦) .

(٥) انظر « المنهاج » (ص ٥٥٨) .

(٦) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ٣٣٥) .

(٧) انظر « المنهاج » (ص ٥٥٨ ، ٥٥٩) .

بالإمام[1] ، وقال الماوردي : للقاضي عزل خليفته من غير موجب بناء على انعزاله بموته[2] ، وكذا قال السبكي في تصنيف له : له عزله لمصلحة وغيرها ؛ لأنه يستعين به ، ولو باشر الأحكام كلها بنفسه . . لجاز ، فكيف يحجر عليه إذا استناب أن لا يعزل إلا لمصلحة ، لكن الأولىٰ أن لا يفعله إلا لمصلحة ؛ لما فيه من كسر القلوب بغير فائدة ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأرجح** عندنا : خلاف ما ذكر الماوردي .

ثانيها : قد يفهم من قوله : (**ظهر منه خلل**) ثبوته ، وليس كذلك ؛ ففي « أصل الروضة » عن « الوسيط » : أنه يكفي فيه غلبة الظن[3] ، وجزم به في « الشرح الصغير » ، وعبارة « الحاوي » [ص ٦٥٩] : (**ويُعزل بخلل**) .

ثالثها : محل جواز عزله بالخلل ما إذا كان غير متعين ، فإن لم يصلح غيره . . لم يعزل بمجرد الخلل الذي لا يقتضي انعزاله ، ذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : وهـٰذا لا توقف فيه وإن لم يصرحوا به ، ولكنهم ذكروا ما يقتضيه .

رابعها : قد يفهم أن قوله : (**وفي عزله به مصلحة**) أن يعود للصورتين قبله ، وليس كذلك ؛ فإنما يعود للثانية فقط ، وهي ما إذا كان هناك مثله ، وعبارة « الحاوي » صريحة في ذلك ؛ لقوله [ص ٦٥٩] : (**وأصلح ، ومصلحة**) فعطفها عليها يقتضي أنها غيرها .

خامسها : أن عبارته تقتضي أنه لا يعزل بدونه إذا كان فيه مصلحة ، وليس كذلك ، بل المثل والدون في هـٰذا سواء ، وقد تناول الدون قول « الحاوي » [ص ٦٥٩] : (**ومصلحة**) .

سادسها : ذكر في « المحرر » في العزل بالمثل قيداً آخر أسقطه « المنهاج » ، وهو : أن لا يكون في عزله به فتنة[4] ، ولا يستغنىٰ عنه بقوله : (**وفي عزله به مصلحة**) فقد يكون الشيء مصلحة من وجه ومفسدة من جهة أخرىٰ .

٥٩١٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٩] : (**لكن ينفذ العزل في الأصح**) و« الحاوي » [ص ٦٥٩] : (**ودونه نفذ**) لا يخفىٰ أن محله في غير المتعين ، ثم في « النهاية » عن الأصحاب : أنه إن عزله بمن هو دونه . . لم ينفذ علىٰ ظاهر المذهب ، أو بمن هو مثله . . فعلىٰ قولين ، كذا رتبه القاضي ، وقال الإمام : **الوجه القطع بنفوذه في كل صورة**[5] .

---

(١) الحاوي (ص ٦٥٩) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ٢٣٣) .
(٣) الروضة (١١/ ١٢٦) ، وانظر « الوسيط » (٧/ ٢٩٥) .
(٤) المحرر (ص ٤٨٥)
(٥) نهاية المطلب (١٨/ ٥٨٦) .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وظهر بذلك أن الذي ذكره في « المنهاج » مخالف للطريقين معاً .

٥٩١١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٩] : (**والمذهب : أنه لا ينعزل قبل بلوغه خبر عزله**) يفهم انعزاله ببلوغ خبره ، وبه صرح « الحاوي »[١] ، واستثنىٰ منه شيخنا في « تصحيح المنهاج » ما إذا لم يبلغ نوابه خبر عزله . . فولايته مستمرة حكماً ، وإن كان لا ينفذ حكمه ، ويستحق ما رتب له على الوظيفة لسدها بنائبه ، قال : **والقياس في عكسه** : أن النائب لا ينعزل حتىٰ يبلغ أصله خبر العزل ، وينفذ حكمه كما ينفذ حكم أصله ، قال : ولم أر من تعرض له .

٥٩١٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٩] : (**وإذا كتب الإمام إليه : « إذا قرأت كتابي . . فأنت معزول »** ، **فقرأه . . انعزل**) لا يتوقف ذلك على القراءة الحقيقية ، فلو تأمله وعرف ما فيه . . انعزل ، وفي « النهاية » في الطلاق : لم يختلف علماؤنا أنها إذا طالعته وفهمت ما فيه . . أنه يقع الطلاق وإن لم تتلفظ بشيء[٢] .

٥٩١٣ـ قوله : (**وكذا إن قُرِىء عليه في الأصح**)[٣] مخالف لنظيره في الطلاق ، قال في « المهمات » : **والصواب** التسوية بين البابين ، وعدم الاكتفاء بها .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : العزل بذلك قاله الصيدلاني ، وفرق بينه وبين الطلاق : بأن تفاصيل الصفات مرعية في تعليق الطلاق ، وأمر العزل يُرعىٰ فيه الإعلام ، ولا يرد علىٰ دقائق الصفات ، ولو راعى الإمام غير الإعلام . . لكان في مقام [العابث][٤] ، قال الإمام : وهو حسن ، ولكن اتفق الأصحاب على التسوية بين هـٰذا وبين الطلاق في الوفاق والخلاف[٥] .

٥٩١٤ـ قوله : (**وينعزل بموت القاضي وانعزاله مَنْ أُذِنَ له في شغلٍ معينٍ كبيع مال [يتيم]**[٦])[٧] ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إن كان له يتيم . . فهـٰذا قيم يتيم ، وقيم اليتيم لا ينعزل بموت القاضي ولا بانعزاله كما سيأتي .

قلت : قيم اليتيم متصرف في جميع أموره ، وهـٰذا مأذون له في قضية خاصة ، وهي البيع ، فلم يجعله القاضي قيمه ، وإنما استعان به في أمر مخصوص ، والله أعلم .

---

(١) الحاوي (ص ٦٥٩) .
(٢) نهاية المطلب (١٤/ ٨١) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٥٩) .
(٤) في (ج) ، (د) : (الغائب) والمثبت من (ب) و« نهاية المطلب » .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٥٨٧) .
(٦) في « المنهاج » : (ميت) .
(٧) انظر « المنهاج » (ص ٥٥٩) .

٥٩١٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٩] : (**والأصح : انعزال نائبه المطلق إن لم يؤذن له في الاستخلاف ، أو قيل له : « استخلف عن نفسك » ، أو أطلق ، فإن قيل له : « استخلف عني » . . فلا**) و« الحاوي » [ص ٦٥٩] : (**وينعزل ونائبه ، لا العام عن الإمام**) ما ذكراه في حالة الإطلاق مخالف ما صححاه في نظيره من الوكالة من أنه يكون نائباً عن الأول حتىٰ لا ينعزل بعزل الثاني .

قال في « المهمات » : ولعل العكس أقرب ، لكن حكيا عن تصحيح البغوي فيما لو قال الموصي للوصي : أوص ، **وأطلق** . . أنه كما لو قال : (**عنك**) حتىٰ لا يصح ، وصححا فيما لو قال : أعتق عبدك علىٰ ألف . . أنه كما لو قال : (**عن نفسك**) .

وذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » : أن التفصيل المذكور هنا لا يعرف في شيء من كتب المذهب ، إلا في كلام البغوي والخوارزمي ، قال : **والأرجح** عندنا : ما حكاه الشيخ أبو حامد عن عامة أصحابنا : بأنه لا ينعزل مطلقاً كالإمام إذا مات .

وفي « أصل الروضة » عن السرخسي : أن الإمام لو نصب نائباً عن القاضي . . لا ينعزل بموت القاضي وانعزاله ؛ لأنه مأذون له من جهة الإمام ، قال الرافعي : ويجوز أن يقال : إذا كان الإذن مقيداً بالنيابة ولم يبق الأصل . . لم يبق النائب . انتهىٰ[1] .

ويوافق هـٰذا البحث حكاية الماوردي وجهين في أنه هل للقاضي عزل هـٰذا الذي استنابه الإمام عن القاضي ؟ فإنه متىٰ كان له عزله . . انعزل بموته[2] .

٥٩١٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٩] : (**ولا ينعزل قاضٍ بموت الإمام**) زاد « الحاوي » [ص ٦٥٩] : (**وانعزاله**) واستثنىٰ منه شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ما إذا أقامه قاضياً ليحكم بين الإمام وبين خصمائه . . فإنه ينعزل بموت الإمام ؛ لزوال المعنى المقتضي لذلك ، قال : ولم أر من تعرض لذلك ، وفقهه واضح .

قلت : ليس هـٰذا قاضياً عاماً ، وإنما هو مأذون له في شغل معين ، فينعزل بموته ، ولو لم يتعذر ذلك الشغل ، فكيف وقد تعذر بموت أحد الخصمين ، والله أعلم .

٥٩١٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٩] : (**ولا يقبل قوله بعد انعزاله : « حكمت بكذا »**) فيه أمران :

أحدهما : يستثنىٰ منه : ما إذا انعزل بالعمىٰ . . فتقدم إن له إنشاء الحكم إذا استوفى الشروط قبله ، ولم يحتج لإشارة ؛ فالإقرار به أولىٰ ، ذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : لم من أر من تعرض له ، وهو فقه دقيق .

---

(١) فتح العزيز (١٢/٤٤٣) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/٨) .

ثانيهما : في معنىٰ قوله : (**حكمت بكذا**) ثبت عندي كذا ، وعقدت نكاح فلانة علىٰ فلان ، وبعت كذا علىٰ محجوري بالحكم ، فلو قال : (صرفت مال الوقف لجهته العامة ، أو في عمارته التي تقتضيها الحال) . . قبل قوله بلا يمين ، ولو قال : المال الذي في يد هـٰذا الأمين سلمته له زمن قضائي ، وهو لزيد ، وصدقه الأمين علىٰ أنه تسلمه منه ، وادعىٰ أنه لعمرو . . فالقول قول القاضي بلا يمين ، وهل يغرم الأمين لعمرو ؟ فيه وجهان ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **والأرجح** : أنه لا يغرم له شيئاً ، ولو لم يصدقه الأمين في تسلمه منه فالقول قول الأمين .

٥٩١٨ـ قوله : (**فإن شهد مع آخر بحكم حاكم جائز الحكم . . قبلت في الأصح**)[١] و« الحاوي » [ص ٦٦٠] : (**ويشهد بشاهدٍ إن قضىٰ به قاضٍ**) محله : ما إذا لم يعلم القاضي أنه يعني نفسه ؛ فإن للرافعي احتمالين في أن الخلاف فيما إذا لم يعلم القاضي أنه يعني نفسه ، فإن علم . . فهو كما لو أضاف إلىٰ نفسه ، أو الخلاف فيما إذا علم ، وإلا . . قبل قطعاً ، **وصحح** النووي : الأول[٢] .

لكن قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : قد يظهر أن الثاني **أرجح** ؛ لأن القاضي إذا علم . . جاز الوجهان في الرد وعدمه ، فإذا لم يعلم . . فالقبول مقطوع به ؛ إذ لا خلل في لفظ الشاهد ولا في علم القاضي . انتهىٰ .

وفي « المهمات » : أن الاحتمال الثاني لا يتصور هنا ؛ لأنه علل المنع ؛ فإنه قد يريد نفسه ، ولو كان محلهما : ما إذا علم . . لم يصح هـٰذا التعليل ؛ لأنه تعليل لمحل النزاع ، ثم قال : إن كلام الأصحاب يدل على الاحتمال الثاني ؛ فإن الإمام علل وجه المنع بأن الظاهر أنه يعني نفسه[٣] ، وعلله الماوردي بجواز أن يكون هو الحاكم به[٤] ، وعلل البغوي القبول بأن الظاهر أنه يريد حكم غيره[٥] ، ويوافقه قوله في « فتاويه » فيما لو باع داراً ، فغصبت من المشتري ، فشهد له البائع بالملك . . يقبل ، ولا يرد القاضي شهادته بعلمه أنه باعها كما لا ترد شهادة من علم أنه شهد بالملك بظاهر اليد ، وإن كان لو صرح لم يقبل ، فلو صرح الشاهد الآخر بأن المعزول حكم به . . قبل على الاحتمال الثاني ؛ لأنا لا نعتني تفريعاً عليه إلا بتصحيح الصيغة ، قاله الرافعي[٦] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو مردود ؛ فإن الشهادة علىٰ حاكم واحد لم يتم النصاب

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٥٩) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١٢/٤٤٥) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٨/٥٨٨) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/٣٣٨) .
(٥) انظر « التهذيب » (٨/١٩٤) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (١٢/٤٤٥) .

فيها ، ولو علم القاضي أن المعزول يريد نفسه . . فليس قاطعاً بذلك عند أداء الشهادة ؛ لجواز أن يريد غيره ، فلم تتفق الشاهدتان علىٰ حاكم واحد تعين في أداء شهادتهما وَحْدَتُه .

٥٩١٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٩] : (**ولو ادعىٰ شخصٌ علىٰ معزولٍ أنه أخذ ماله برشوةٍ أو شهادة عبدين مثلاً . . أُحضر وفُصِلَتْ خصومتهما**) و« التنبيه » [ص ٢٥٣ ، ٢٥٤] : (**فإن ادعىٰ عليه مالاً غصبه أو رشوة أخذها علىٰ حكم . . أحضره**) فيه أمران :

أحدهما : قد يفهم تعين إحضاره ، وليس كذلك ، فله إرسال وكيله ، ذكره في « المطلب » ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو واضح ؛ لأن في إحضاره من [الإهانة][1] ما لا يستحقه بمجرد الدعوىٰ .

ثانيهما : قال شيخنا أيضاً : مقتضاه : أنه يحلفه هنا بلا خلاف ، بخلاف الصورة التي ستأتي بعدها ، وليس كذلك ؛ فقد قال القاضي أبو الطيب : إن فيها الخلاف الآتي بعدها ، وبه جزم ابن الصباغ ، فقال : كان القول قول المعزول بلا يمين .

٥٩٢٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٤] : (**وإن قال : « حكم عليّ بشهادة فاسقين أو عبدين » . . فقد قيل : يحضره ، وقيل : لا يحضره حتىٰ يقيم المدعي بينة أنه حكم عليه**) فيه أمور :

أحدها : محل الخلاف : ما إذا لم يذكر مالاً ، وقد قيده به « المنهاج »[2] ، فإن ادعىٰ أنه أخذه منه بشهادتهما ودفعه إلىٰ فلان . . أحضره قطعاً .

ثانيها : **الأصح** في « المنهاج » و« التصحيح » الأول[3] ، وكذا صححه في « أصل الروضة »[4] ، مع أن الرافعي إنما نقل تصحيحه في « الشرح » عن الروياني وغيره ، وتصحيح مقابله عن البغوي[5] ، وكلامه في « الشرح الصغير » يقتضي ترجيح الثاني ؛ فإنه اقتصر علىٰ حكاية ترجيحه عن البغوي ، ولم ينقل ترجيح الأول عن أحد ، وكذا قال في « المحرر » عن الثاني : رجحه مرجحون[6] .

قال في « الدقائق » : وليس ما في « المنهاج » مخالفاً لما في « المحرر » لأنه لا يمنع أن الأول رجحه آخرون أو الأكثرون، قال: وقد صحح هو الأول في «الشرح» وصححه آخرون. انتهىٰ[7] .

---

(١) في (ب) ، (د) : (الاهنة) ، وفي (ج) : (الاهبة) .
(٢) المنهاج (ص ٥٥٩) .
(٣) المنهاج (ص ٥٥٩) ، تصحيح التنبيه (٢/ ٢٦٣) .
(٤) الروضة (١١/ ١٢٩ ، ١٣٠) .
(٥) فتح العزيز (١٢/ ٤٤٧) ، وانظر « التهذيب » (٨/ ١٩٤) .
(٦) المحرر (ص ٤٨٦) .
(٧) الدقائق (ص ٧٦) .

وقد عرفت أنه لم يصححه في « الشرح » ، وإنما حكىٰ تصحيحه عن الروياني وغيره مع نقل تصحيح مقابله عن البغوي ، وعادته في « المحرر » إذا اقتصر علىٰ حكاية ترجيح أحد الوجهين ولو مبهماً بقوله : (رجح) . . اعتمد في « المنهاج » ترجيحه ، فما باله خالف هنا عادته .

وقال شيخنا الإسنوي في « التنقيح » : إن اقتضىٰ ما في « المحرر » عكس ما صححه في « المنهاج » . . فالمخالفة واضحة ، وإن لم يقتض تصحيحه من غير تنبيه عليه .

وقال في « التوشيح » : هـٰذا الثاني هو الذي ظهر من كلام الوالد رحمه الله تعالىٰ ترجيحه ، ذكره في كتاب التعريف .

ثالثها : ليس المراد على الوجه الثاني : أن البينة تقام في غيبته ويحكم بها ، بل المراد : أن لا يحضره إلا بعد التثبت ؛ بأن يقيم بينة بعلم القاضي بها أن لدعواه حقيقة ، فإذا حضر وادعىٰ عليه . . شهدوا في وجهه .

٥٩٢١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٤] : (**فإن حضر وقال** : « **حكمت عليه بشهادة حرين عدلين** » . . **فالقول قوله مع يمينه ، وقيل** : **القول قوله من غير يمين ، والأول أصح**) كذا صححه في « المنهاج » من زيادته[١] ، ولم يصرح في « الروضة » بتصحيح ، وعبارته : صدق بيمينه على **الأصح** عند العراقيين والروياني كالمودع وسائر الأمناء ، وقيل : يصدق بلا يمين ، وبه قال ابن القاص والإصطخري وصاحب « التقريب » والماوردي ، وصححه الشيخ أبو عاصم والبغوي[٢] .

وحكى النشائي في « نكته » : أن الرافعي قال : **والأحسن** ما صححه الشيخ أبو عاصم . . . إلىٰ آخره[٣] ، وهو تحريف ، وإنما قال : وهـٰذا أحسن وأصح عند الشيخ أبي عاصم . . . إلىٰ آخر كلامه[٤] ، فأسقط في « الروضة » لفظة (أحسن) ، وفهم في « المهمات » أن قوله : إنه أحسن من عند الرافعي غير منقول عن أبي عاصم ؛ ولذلك اقتصر عليه في « الشرح الصغير » و« المحرر » فقال : أحسنهما بلا يمين[٥] ، ولم يذكر فيهما ترجيح غيره عن أحد ، ويوافقه كلام « أصل الروضة » في الباب الثالث من الدعوىٰ والبينات[٦] ، وحكىٰ في « التوشيح » عن والده : أنه صححه ، وعليه مشى « الحاوي » فقال فيمن لا يحلف [ص ٦٨٧] : (**والقاضي وإن عُزِلَ**) .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه **الأصح** المعتمد ؛ فإن منصب القضاء والشهادات شرع

---

(١) المنهاج (ص ٥٥٩) .

(٢) الروضة (١١/ ١٣٠) .

(٣) نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه (ق ١٩١) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٤٤٧) .

(٥) المحرر (ص ٤٨٦) .

(٦) الروضة (١٢/ ٣٨) .

للمصلحة العامة ، فلا يليق بمن يقوم به تحليفه فيما يتعلق به ؛ لئلا يؤدي إلى الرغبة عنه ؛ ولهـٰذا لا يحلف المتولي كما سيأتي ، ثم نازع شيخنا في نسبة تصحيح التحليف للعراقيين ؛ بأن صاحب « الشامل » حكى الوجهين بلا ترجيح ، وجزم فيما إذا قال المدعي : أخرج عقاراً أو عيناً من يدي دفعها لفلان بغير حق ، فقال المعزول : فعلت هـٰذا بحق من بينة أو إقرار . . أن القول قول المعزول بلا يمين .

٥٩٢٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٥٩] : (**ولو ادُّعِيَ علىٰ قاضٍ جورٌ في حكمٍ . . لم تسمع ، وتشترط بينة**) علله الرافعي وغيره : بأن هـٰذا الباب لو فتح . . لاشتد الأمر ، ورغب القضاة والشهود عن القضاء والشهادة(١) .

وعلله السبكي : بأن القاضي نائب الشرع ، والدعوىٰ على النائب كالدعوىٰ على المستنيب ، والدعوىٰ على الشرع لا تسمع ، فإن فرض قيام بينة عادلة . . فقد خرج عن نيابة الشرع ، فتسمع إذ ذاك ، قال : وهـٰذه العلة ترد على الشيخ أبي حامد قوله : إن **قياس المذهب** : تحليف القاضي كسائر الأمناء ، فيقال : الفرق بينه وبينهم أنه أمين الشرع ، بخلافهم .

وذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » : أن محل عدم إحضاره عند فقد البينة : إذا لم يكن المشكو إليه الإمام . . فللإمام إحضاره إن رأىٰ ذلك ؛ لأنه ليس نقصاً في حقه ، قال : وكذا نائب الإمام العام ، فأما قاض مثله . . فليس له ذلك ، إلا إذا اشتهر جور ذلك القاضي . . فيستغنىٰ بذلك عن البينة .

٥٩٢٣ـ قوله : (**وإن لم تتعلق بحكمه . . حَكَمَ بينهما خليفته أو غيره**)(٢) قال السبكي : هـٰذا إذا كانت الدعوىٰ بما لا يقدح فيه ، ولا يخل بمنصبه ، ولا يوجب عزله ، فإن كانت بقادح . . فالقطع بأنها لا تسمع ، ولا يحلف ، ولا طريق للمدعي حينئذ إلا البينة ، قال : ولا يعارض قولهم بسماع الدعوىٰ على المعزول بالغصب والإتلاف ؛ لأمرين :

أحدها : أن الإتلاف والغصب قد يكون بغير تعمد للباطل ، فليس بقادح .

والثاني : أنه بعد العزل ، وكلامنا هنا في حال الولاية ، فالمتولي نائب الشرع ، والمعزول ليس نائب الشرع الآن ، قال : وسواء كانت الدعوىٰ تتعلق بالحكم أم خارجة عنه . . فإن يده يد الشرع ، ثم قال : بل أقول : سواء أكان يقدح فيه أم لا يقدح . . ينبغي أن يصان منصبه عن الابتذال بالدعوىٰ والتحليف ما لم يظهر للقاضي عنده صحة دعوى المدعي ، ومتىٰ لم يظهر . . يبنى الأمر على الظاهر ، ومتىٰ ثبت عنده من أمانته ، قال : بل أقول : كل من ثبتت عدالته وادعي عليه بدعوىٰ . .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٢/٤٤٩) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٥٩) .

ينبغي للقاضي أن ينظر فيها ، وفي إنكار ذلك العدل لها ، فإن كان يمكن أن تكون عن سهو وغفلة أو اجتهاد وتأويل ونحوه بحيث لا يخل بعدالته . . فيسمعها ويفصلها بيمين أو ببينة كغيرها ، إلا أن يظهر له من المدعي تعنت . . فيدفعه ، وإن كان إنكاره لا يمكن أن يكون إلا قادحاً فيه . . فينبغي أن لا تسمع دعوى المدعي وطلبه تحليفه إلا أن يأتي ببينة ، وذلك لأن ما يدعيه والحالة هـٰذه مخالف لما ثبت من عدالته ، وله طريق وهو البينة ، ولم يقم لنا دليل من الشرع علىٰ أن كل دعوىٰ مسموعة ، بل علىٰ أن الناس لو أعطوا بدعواهم . . لادعىٰ ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن البينة على المدعي واليمين على المدعىٰ عليه .

ومعنىٰ هـٰذا : دفع أن يعطى الناس بدعواهم ، وإنما يعطى المدعي حيث يعطىٰ بالبينة أو بإقرار المدعىٰ عليه ، وإن لم يكن كذلك . . فلا يعطىٰ ويحلف المدعىٰ عليه حيث تسمع دعوى المدعي ، وأما متىٰ تسمع ؟ فليس في اللفظ تعرض لبيان ، وهو مفوض إلىٰ رأي القاضي ، فإن رآها محتملة . . سمعها ، أو مستحيلة . . ردها ، وقد تختلف حال احتمالها ، وهو مفوض إلى اجتهاده ، وقد يستوي الأمران عنده . . فيسمعها بشروطها علىٰ من يسوغ سماع الدعوىٰ عليه ، وعند قوة كذبه ينبغي ألا يسمعها ؛ فليس في الشرع ما يوجب سماع كل دعوىٰ ، ألا ترىٰ أن في القسامة لما قوي جانب المدعي في اللوث . . كانت اليمين في جانبه ، وترجح علىٰ جانب المدعىٰ عليه ؛ فلذلك إذا قوي جانب المدعىٰ عليه . . ينبغي أن تندفع عنه اليمين حتىٰ تقوم بينة تكون الحجة فيها أقوىٰ من ظاهر حاله ؛ فباب القسامة فتح لنا اعتماد الظنون . انتهىٰ .

فصل
[في آداب القضاء وغيرها]

٥٩٢٤ـ قول « التنبيه »[ص ٢٥١] : (**وإذا ولى الإمام رجلاً . . كتب له العهد**) و« المنهاج »[ص ٥٦٠] : (**ليكتب الإمام لمن يوليه**) قد يفهم وجوبه ، وليس كذلك ، بل هو استحباب صرح بذلك جمع من الأصحاب ، ولا خلاف فيه ، قاله شيخنا في « تصحيح المنهاج » ؛ ولهـٰذا لم يذكره « الحاوي » ، ولا يختص ذلك بالإمام ؛ فقاضي الإقليم إذا ولىٰ نائباً في عمل من إقليمه . . يستحب أن يكتب له تقليداً بما فوضه إليه وبما يشترطه عليه .

٥٩٢٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥١] : (**وأشهد على التولية شاهدين**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٥٦٠]: (**ويُشهد بالكتاب شاهدين**) لأن الاعتماد على التولية دون الكتاب ، قال الأصحاب : ليس هـٰذا علىٰ قواعد الشهادات ؛ إذ ليس هناك قاض يؤدي عنده الشهادة، قاله في « أصل الروضة »[1] .

---

(١) الروضة (١١/ ١٣١) .

وفي كلام الماوردي : أن الشاهدين يشهدان عند أهل البلد بالولاية ، وأقام صاحب « المطلب » هٰذين الكلامين وجهين .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وعندي أنه إذا كان المدار على الإخبار ، وأنه ليس علىٰ قواعد الشهادات . . فينبغي أن يكتفىٰ بواحد ؛ لأن هٰذا من باب الخبر ، قال : ولم أر من تعرض لذلك .

٥٩٢٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥١] : (**وقيل : إن كان البلد قريباً بحيث يتصل به الخبر . . لم يلزمه الإشهاد**) هو **الأصح** ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٥٦٠] : (**وتكفي الاستفاضة في الأصح**) وظاهره تبعاً « للمحرر » الاكتفاء بها ولو كان البلد بعيداً[١] ، لكن **رجح** في « الروضة » وأصلها : أن ذلك في البلد القريب ، ثم قال : ومن الأصحاب من أطلقهما ولم يفرق بين القريب والبعيد ، قال ويشبه أن لا يكون خلاف ويكون التعويل على الاستفاضة[٢] .

ومشى « الحاوي » على الإطلاق كما سنحكي عبارته ، وظاهر قول « التنبيه » [ص ٢٥١] : (**لم يلزمه الإشهاد**) لزوم الإشهاد في غير هٰذه الصورة ، وليس كذلك ، وإنما المراد توقف الثبوت على الإشهاد ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٦٥٩] : (**ويثبت بشاهدين أو شهرةٍ**) وظاهره انحصار ثبوته في ذلك، وعليه يدل قول «المنهاج» [ص ٥٦٠]: (**لا مجرد كتاب على المذهب**) وأراد به : القطع بذلك؛ فإن عبارة «الروضة»: هو المذهب والمفهوم من كلام الجمهور، وذكر الغزالي فيه وجهين[٣].

وهٰذه الطريقة هي التي في « المحرر » فقال : (فيه وجهان) ، **أظهرهما** : لا[٤] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : مقتضاه : أن الخلاف في مجرد الكتاب ، وليس كذلك ، بل الخلاف في الكتاب مع قول المتولي وظهور مخايل الصدق ، وهو مقتضىٰ نصوص الشافعي ، بل نصه في « الرسالة » في تثبيت خبر الواحد يقتضي الاكتفاء بقول من تولى العمل إذا كان معروفاً بالصدق عند أهل عمله[٥] .

٥٩٢٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٠] : (**ويبحث القاضي عن حال علماء البلد وعدوله**) زاد « التنبيه » [ص ٢٥١] : (**قبل دخوله**) وفي « الروضة » : إذا أراد الخروج إلىٰ بلد قضائه . . سأل ، فإن لم يتيسر . . ففي الطريق ، فإن لم يتيسر . . فحين يدخل[٦] .

---

(١) المحرر (ص ٤٨٦) .
(٢) فتح العزيز (١٢/ ٤٥٠) ، الروضة (١١/ ١٣١) .
(٣) الروضة (١١/ ١٣١) .
(٤) المحرر (ص ٤٨٦) .
(٥) الرسالة (ص ٤٠٧) .
(٦) الروضة (١١/ ١٣٢) .

٥٩٢٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٠] : (**ويدخل يوم الإثنين**) عبارة « التنبيه » [ص ٢٥١] : (**والمستحب أن يدخل صبيحة يوم الإثنين**) فزاد دخوله صبيحته ، قال : (**وإن فاته . . دخل السبت أو الخميس**)[١] ، وعبارة « الروضة » : قال الأصحاب : فإن تعسر يوم الاثنين . . فالخميس ، وإلا . . فالسبت[٢] .

فبيّن تقديم الخميس على السبت .

٥٩٢٩ـ قولهم ـ والعبارة « للتنبيه » ـ : (**وأول ما ينظر فيه أمر المحبسين**)[٣] قال الإمام : إنه علىٰ وجه الوجوب[٤] ، وفي الرافعي في أواخر الآداب : إنه سنة[٥] ، ولو قال « التنبيه » : (المحبوسين) . . لكان أولىٰ من المحبسين ، وأفصح .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ومحله : ما إذا لم يكن هناك أمر أهم منه ؛ كالنظر في المحاجير الجائعين الذين تحت نظره ، وما أشرف على الهلاك من الحيوانات في التركات وغيرها ، وما أشرف من الأوقاف وأملاك محاجيره على السقوط بحيث يتعين الفور في تداركه ونحو ذلك[٦] ، وذكر الماوردي : أنه قبل النظر في المحبسين يتسلم المحاضر والسجلات من القاضي المنصرف ، وأموال الأيتام والضوال والوقوف ، والذي ذكرناه أهم وأولىٰ . انتهىٰ[٧] .

٥٩٣٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٣] : (**فمن حبس بحق . . رده إلى الحبس**) و« المنهاج » [ص ٥٦٠] : (**فمن قال : « حبست بحق » . . أدامه**) ليس علىٰ إطلاقه ، بل إن كان حداً . . أقامه وأطلقه ، وإن كان مالاً . . أمر بأدائه ، فإن ادعى الإعسار . . فعلىٰ ما سبق في التفليس ، فإن لم يؤد ولم يثبت إعساره . . رد إلى الحبس ، وإن أدىٰ أو ثبت إعساره . . . نؤدي عليه ؛ لاحتمال خصم آخر ، فإن لم يحضر أحد . . أطلق .

ولا إيراد على « المحرر » لأنه عبر بقوله : (أمضي الحكم عليه)[٨] ، وهو صادق بما فصلناه .

ويستثنىٰ من ذلك : ما إذا حبس تعزيراً ورأى القاضي إطلاقه ، وقد صرح به « الحاوي » فقال [ص ٦٦٠] : (**وللتعزير إن رأىٰ**) وفيه تقييد لإطلاق الغزالي إطلاقه ؛ فإن الرافعي قال بعد نقله عنه :

---

(١) التنبيه (ص ٢٥١) .
(٢) الروضة (ص ٢٥١) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٣) ، و« الحاوي » (ص ٦٦٠) ، و« المنهاج » (ص ٥٦٠) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٥٧٠) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٤٥١) .
(٦) انظر « مغني المحتاج » (٤/ ٣٨٧) .
(٧) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ٣٥) .
(٨) المحرر (ص ٤٨٦) .

وأن معظم الكتب ساكتة عنه ، ولو بانت [خيانته][1] عند الثاني ورأىٰ إدامة حبسه . . **فالقياس** : الجواز[2] .

وفي « الكفاية » عن « الحاوي » و« البحر » : لو قال : حبسني تعزيراً للرد كان مني . . فقد استوفىٰ حبس التعزير بعزل الأول ، وإن لم يستكمل مدة حبسه مع بقاء نظر الأول ؛ لأن الثاني لا يعزر لذنب كان مع غيره[3] ، وحكاه في « المهمات » عن « المحيط » لمحمد بن يحيىٰ .

٥٩٣١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٠] : (**أو ظلماً . . فعلىٰ خصمه حجة**) أورد عليه : أنها عبارة غير مستقيمة ، ولا مطابقة « للمحرر » فإن الذي فيه إنما هو فيما إذا قال : حبست ظلماً[4] ، وكذا قال في « الحاوي » [ص ٦٦٠] : (**وعلىٰ خصم زاعم الظلم الحجة**) ولما عبر « التنبيه » [ص ٢٥٣] بقوله : (**ومن حبس بغير حق**) . . قال : (**خلاه**) ، وكيف يستقيم مع الجزم بأنه محبوس ظلماً أن يقول لخصمه : أقم حجة بما عرفنا أنه ظلم والقاضي لا يقضي بخلاف علمه ؟ وإنما يستقيم هـٰذا الحكم ـ وهو إلزام خصمه الحجة ـ إذا كان هو القائل : حبس ظلماً ، وخصمه ينازعه . كذا أورد .

والحق أنه لا يرد ؛ لأن قول « المنهاج » : (**ظلماً**) هو معمول قول المحبوس : (**حبست**) فهو في ذلك « كالمحرر » و« الحاوي » .

ونازع شيخنا في « تصحيح المنهاج » في هـٰذا الحكم ، وقال : إنه ممنوع ؛ فإن الظاهر : أن حبس الحاكم بحق ، فالمحبوس حينئذ هو المدعي وخصمه هو المدعىٰ عليه ؛ فالقول قول خصمه بيمينه ، ولا يكلف حجة ؛ لأن معه حجة سابقة ، وقد اعترف المحبوس بها ، وهي أن الحاكم حبسه ، وقد جزم الفوراني بأنه لا يقبل قوله ، وقال الماوردي فيما إذا ادعىٰ أن الحاكم حبسه بغير حق لغير خصم : إن شهدت بينة بأنه حبس بحق . . عزر في جرحه لحابسه ، أو ظلماً . . نادىٰ ثلاثاً في حضور خصم إن كان له ، وأطلق بعد الثلاث إن لم يحضر ، وإن لم تقم بينةٌ بأحدهما . . أعاده إلى الحبس حتىٰ ييأس بعد الكشف من ظهور حق عليه ، وطالبه بكفيل بنفسه ثم أطلقه ، ثم قال : فإن قيل : فالكفالة في النفس لا تصح إلا فيمن ثبت عليه حق قبل الحبس من جملة الحقوق ، فإن عدم كفيلاً . . استظهر في بقاء حبسه علىٰ طلب كفيل ، ثم أطلقه عند إعوازه ، وهو غاية ما يقدر عليه القاضي من استظهاره[5] ، قال شيخنا : والذي أوقع الرافعي في جزمه بهـٰذا الحكم المخالف

---

(١) في « فتح العزيز » (جناية) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١٢/٤٥٣) .
(٣) الحاوي الكبير (١٦/٣٦) ، بحر المذهب (١١/ ١٦٠) .
(٤) المحرر (ص ٤٨٦) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ٣٧) .

للقواعد والشواهد كلام الغزالي تبعاً لإمامه ، قال : والذي عندنا في ذلك أنه إن قال : حبست لغير خصم ، فحضر رجل وقال : أنا خصمه ، فأنكره . . **اتجه** أن القول قول المحبوس بيمينه ، وعلىٰ خصمه الحجة ، وبهـٰذا صوره ابن الصباغ وطائفة ، وإن قال : حبست لفلان بغير حق . . فلا سبيل هنا إلىٰ تصديق المحبوس بيمينه ، وتكليف خصمه الحجة . انتهىٰ .

وقال الرافعي في قول « الوجيز » : (فيطلق كل من حبس بظلم) فإن المراد منه : إذا اعترف الخصم بأنه ظلمه ، أو كان القاضي عالماً وقلنا : يقضي بعلمه ، فأما إذا قال المحبوس : أنا مظلوم . . فهو مذكور من بعد[1] .

قال في « المهمات » : وتخريجه الإطلاق من الحبس عند علم القاضي بالظلم على القضاء بالعلم باطل ؛ فإنه ذكر بعد هـٰذا أن القاضي لا يقضي بخلاف علمه بالإجماع ، فلو رده إلى الحبس حتىٰ يؤدي الحق المدعىٰ به . . لكان قاضياً بخلاف ما يعلمه .

٥٩٣٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٠] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٦٦٠] : (**فإن كان غائباً . . كتب إليه ليحضر**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : أطلق إحضار هـٰذا الغائب ولو بمسافة القصر فما فوقها بقضية لم يتوجه عليه فيها طلب وتعطل عليه أحواله وينفق فيها أمواله ، وقد اعترف المحبوس أن القاضي حبسه للمذكور وإجابته إلىٰ إحضاره من العجائب أن يصير المطلوب المحبوس طالباً لمن له الحق عليه بمقتضى الظاهر من حبس القاضي المنصرف ، وليس في الشريعة ما يشهد لهـٰذا .

قلت : ليس المراد إلزامه بالحضور ، بل إعلامه بذلك ؛ ليلحن بحجته في إدامة حبس المحبوس إن كانت له بذلك حجة .

وعبارة « أصل الروضة » : وإن ذكر خصماً غائباً . . فقد قيل : يطلق قطعاً ، **والأصح** : أنه علىٰ وجهين ، فإن قلنا : لا يطلق . . حبس ، أو يؤخذ منه كفيل ويكتب إلىٰ خصمه في الحضور ، وإن لم يفعل . . أطلق حينئذ . انتهىٰ[2] .

وليس فيه تصريح بترجيح ، لكن في بعض النسخ : على الوجهين ؛ أي : فيما إذا كان خصمه ظاهراً ، ومقتضاه : تصحيح أنه لا يطلق كالحاضر ، وعبارة الرافعي : فإن قلنا : يطلق . . فيحبس ، أو يؤخذ منه كفيل ، فذكر الكفيل تفريعاً على الإطلاق ، ولم يخير بينه وبين الحبس تفريعاً علىٰ عدمه[3] ، فعبارة « الروضة » في ذلك غير مطابقة له .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٤٥٣) .

(٢) الروضة (١١/ ١٣٣) .

(٣) فتح العزيز (١٢/ ٤٥٢) .

٥٩٣٣ـ قول « الحاوي » [ص ٦٦٠] : (**ونودي إن زعم الجهل ، فإن لم يحضر . . أطلق**) أي : بعد تحليفه على ما ادعاه ؛ ولذلك قال « التنبيه » [ص ٢٥٣] : (**ومن ادعى أنه حبس بغير خصم . . نادى عليه ثم يحلفه ويخليه**) وظاهر كلامهما الاكتفاء بالنداء ساعة ، وفي « تعليق القاضي الحسين » : نادى عليه ساعة أو ساعتين ، وفي « الكفاية » عن « البحر » : ثلاثة أيام[(١)] ، وكذا في « الحاوي » للماوردي[(٢)] ، ولم يتعرض الرافعي لقدر مدة النداء .

قال في « الوسيط » تبعاً للإمام : وفي مدة النداء لا يحبس ولا يخلى بالكلية ، بل يرتقب[(٣)] .

٥٩٣٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٠] : (**فمن ادعى وصاية . . سأل عنها وعن حاله وتصرفه ، فمن وجده فاسقاً . . أخذ منه المال**) يفهم أنه لا يأخذ منه إذا شك في عدالته ، وهو أحد وجهين حكاهما في « الروضة » وأصلها بلا ترجيح[(٤)] .

وقال في « التوشيح » : **الأرجح** في النظر ، وهو ما كتب لشاهده من صنيع الشيخ الإمام الانتزاع .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **والأرجح** عندنا : أنه ينتزعه منه ، قال : ومحل [الوجهين][(٥)] ما إذا لم تثبت عدالته عند الأول ، فإن ثبتت وأطلق تصرفه . . لم يكن للمتولي التعرض إليه مع الشك جزماً ، بخلاف ما إذا عدل الشاهد ثم شهد في واقعة أخرى بحيث طال الزمان . . **فرجح** في « الروضة » وأصلها : الاحتياج إلى الاستزكاء ؛ لأن طول الزمان يغير الأحوال[(٦)] ، والفرق : أن الوصاية قضية واحدة ، وقد ثبت الحال فيها ، فلا يتكرر ، ولو كلفنا الوصي ذلك . . . لأضررنا المحجور عليه باشتغال الوصي عنه بإثبات عدالته ، ولا كذلك الشاهد[(٧)] ، قال : وبذلك صرح ابن الصباغ ، وإن أوهم تعبير « الروضة » وأصلها خلافه .

٥٩٣٥ـ قوله : (**أو ضعيفاً . . عضده بمعين**)[(٨)] كذا لو كان المال كثيراً لا يمكن الواحد حفظه والتصرف فيه ، وهو راجع إلى الضعف ؛ فقد يكون سببه عجز الإنسان في نفسه ، وقد يكون سببه كثرة المال .

---

(١) بحر المذهب (١١/ ١٦٠) .

(٢) الحاوي الكبير (١٦/ ٣٦) .

(٣) الوسيط (٧/ ٢٩٩) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٥٧١) .

(٤) فتح العزيز (١٢/ ٤٥٤) ، الروضة (١١/ ١٣٤) .

(٥) في (ج) : (القولين) .

(٦) فتح العزيز (١٢/ ٥٠٩) ، الروضة (١١/ ١٧٤) .

(٧) انظر « مغني المحتاج » (٤/ ٣٨٨) .

(٨) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٠) .

٥٩٣٦ـ قوله : (**ويتخذ مزكياً**)[1] لو قال : (مزكيين) كما في « الحاوي »[2] . . لكان أولىٰ ؛ فإنه لا يكتفىٰ بواحد إلا إن نصب حاكماً في الجرح والتعديل ، وعبارة « التنبيه » [ص ٢٥٢] : (**ويتخذ قوماً من أصحاب المسائل** . . . إلىٰ آخر كلامه) ، وعبارة « الروضة » : ينبغي أن يكون للقاضي مزكون وأصحاب مسائل ، فالمزكون المرجوع إليهم ليبينوا حال الشهود ، وأصحاب المسائل هم الذين يبعثهم إلى المزكين ليبحثوا ويسألوا ، وربما فسر أصحاب المسائل في لفظ الشافعي بالمزكين[3] .

٥٩٣٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٠] و« الحاوي » [ص ٦٦٠] : (**وكاتباً**) قيده « التنبيه » بالاحتياج لذلك[4] ، ومحل استحبابه : إذا لم يطلب الكاتب أجرة أو كان رزقه من بيت المال ، فإن طلبها ولا رزق له عليه . . لا يعين كاتباً .

٥٩٣٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٢] : (**استحب أن يكون مسلماً ، عاقلاً ، عدلاً ، فقيهاً**) الإسلام والعدالة شرطان ، وقد صرح به « المنهاج » فقال [ص ٥٦٠] : (**ويشترط كونه مسلماً ، عدلاً**) و« الحاوي » فقال [ص ٦٦٠] : (**مسلماً عدلاً شرطاً**) مع أن ذكر العدالة يغني عن الإسلام ؛ فلا عدالة مع الكفر .

وقولهم : (إن الكافر قد يكون عدلاً في دينه) تجوّز ، وعلامة المجاز فيه لزوم التقييد ، والمراد بالعقل : وفوره ، لا مطلقه ، كما صرح به « المنهاج » .

ويشترط أيضاً كونه عارفاً بكتابة محاضر وسجلات ، ذكره « المنهاج »[5] ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه مخالف لظاهر النص ، ولكلام جمع من الأصحاب ، وللمعنىٰ ؛ فإنه يكتب ما يمليه القاضي ، فلا يشترط فيه ذلك ؛ لإمكان أن يكون بإملاء الحاكم أو غيره أو نقل من نسخه ، والقاضي لا بد له من الإطلاع عليه . انتهىٰ .

ولذلك لم يذكره « الحاوي » أيضاً ، وحمل عليه البارزي قوله : فقيهاً ، ففسره بمعرفة ما يكتب ، ولا يطابق مع ذلك كلام الرافعي ؛ لأن ذلك شرط عنده ، وإنما ذكره « الحاوي » في المستحبات ، وقال بعضهم : إن اشتراط ذلك مأخوذ من تسميته كاتباً ، وفيه نظر ، واشترط الماوردي والروياني الحرية ، وقد يفهم ذلك من اشتراط العدالة[6] ، ويوافقه قول الشافعي رضي الله

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٠) .
(٢) الحاوي (ص ٦٦١) .
(٣) الروضة (١١/ ١٦٨) .
(٤) التنبيه (ص ٢٥٢) .
(٥) المنهاج (ص ٥٦٠) .
(٦) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ١٩٩) .

عنه في « الأم » : (ولا ينبغي للقاضي أن يتخذ كاتباً لأمور الناس حتىٰ يَجْمَعَ أن يكون عدلاً جائز الشهادة) ثم قال : (فإن كتب له عنده في حاجة نفسه وضيعته دون أمر المسلمين . . فلا بأس)[1] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » بعد حكاية ذلك . ولكن المعنى القوي يقتضي جواز اتخاذ العبد كاتباً إذا كان مسلماً عدلاً ؛ لأنه لا يؤدي شهادة ، فاعتبار الحرية فيه بعيد .

قلت : المعتاد في المسجل على القاضي أن يشهد عليه بما تضمنه الإسجال ؛ ليؤدي ذلك عند قاض آخر إذا احتاج إليه ، فمن هنا اعتبرت الحرية ؛ لأن شهادة العبد غير مقبولة ، والله أعلم .

٥٩٣٩ـ قول « الحاوي » [ص ٦٦١] : **(ومترجمين)** أحسن من قول « المنهاج » [ص ٥٦٠] : **(ومترجماً)** مع أنه صرح بعده بأن شرطه : العدد ، وظاهر كلامهما اعتبار كونهما رجلين وإن كان الحق مما يثبت برجل وامرأتين ، لكن في « أصل الروضة » عن الأصحاب : الاكتفاء برجل وامرأتين فيما يثبت برجل وامرأتين ، قال : وانفرد الإمام باشتراط رجلين ، واختاره البغوي لنفسه[2] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لم ينفرد الإمام بذلك ، بل هو منصوص « مختصر المزني » ، وقال به الأصحاب فيما إذا كانت الترجمة من جانب المدعي أو المدعىٰ عليه بالإنكار أو بالإقرار في غير المال وحقه تفريعاً على اعتبار التعدد ، فإن كانت من جانب المدعىٰ عليه بالإقرار بالمال أو بحقه ، ولا يختلف المذهب في أنه يكفي في ذلك رجل وامرأتان . انتهىٰ .

وقال شيخنا ابن النقيب : كذا أطلقوه ، ولم يظهر لي اتخاذه علىٰ أي لغة ؛ فإن اللغات لا تكاد تنحصر ، ويبعد أن يحيط الشخص بجميعها ، ويبعد أن يقال : يتخذ من كل لغة اثنين ؛ فإن ذلك كثير مشق . فالأقرب أن يتخذ من اللغات التي يغلب وجودها في عمله ، وفيه عسر أيضاً ، والله أعلم[3] .

٥٩٤٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٧] : **(ولا يقبل فيه إلا قول من تقبل شهادته)** يستثنىٰ منه : الأعمىٰ ؛ فإنه يقبل في الترجمة **على الأصح** ، مع أنه لا تقبل شهادته ، وقد ذكره « المنهاج »[4] .

ومحله : فيما إذا كان أهل المجلس سكوتاً ، فإن تكلم بعضهم . . لم تقبل شهادته بالترجمة قطعاً إذا احتمل الالتباس بذلك ، ذكره في « المطلب » ، والمراد : إذا تكلم غير المترجم عنه بتلك اللغة التي تكلم بها المترجم عنه ، والله أعلم .

٥٩٤١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٧] : **(فإن كان الدعوىٰ في زنا . . ففيه قولان ، أحدهما : يقبل في**

---

(١) الأم (٦/ ٢١٠) .

(٢) الروضة (١١/ ١٣٦) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٤٩٠) ، و« التهذيب » (٨/ ١٨٧) .

(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ٢٠١) .

(٤) المنهاج (ص ٥٦٠) .

الترجمة اثنان ، والثاني : لا يقبل إلا أربعة) الأول هو **الأصح** .

٥٩٤٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٠] : **(واشتراط عدد في إسماع قاض به صمم)** لا يخفىٰ أنه مع ذلك يسمع رفع الصوت ، وإلا . . استحالت المسألة ، ولم تصح ولايته .

٥٩٤٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٩] : **(ولا يتخذ حاجباً ولا بواباً)** يستثنىٰ : وقت الخلوة ، قال الإمام : فلو جلس للقضاء وهناك زحمة ؛ فإن رأى المصلحة في اتخاذه . . اتخذه ، أو في الترك . . فلا[1] ، وعبارة « الحاوي » [ص ٦٦٢] : **(وكره نصب بواب وحاجب إن جلس له ولا زحمة)** .

٥٩٤٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٢] : **(ويأمره أن لا يقدم أخيراً علىٰ أول)** لا يمنع التسوية بينهما ، فلو قال كمختصره « النبيه » : (ولا يقدم خصماً إلا بسبق) . . لكان أولىٰ ؛ لأن تقديم السابق واجب .

٥٩٤٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٠] : **(ويتخذ درة للتأديب)** قد يفهم أنه لا يؤدب بالسياط ، وهو ما في « أصل الروضة » عن « تتمة التتمة » في مشي الأدب بين يدي القاضي ؛ وعلله بأن الضرب بالسياط من شأن الحدود ، لكن رده الرافعي بقول الشافعي في تأديب شاهد الزور : لا يبلغ أربعين سوطاً[2] ، وقال الماوردي : لا يجوز للزوج أن يعزر زوجته بالسياط ؛ معللاً بمثل ذلك .

قال في « التوشيح » : وقد يقال : يعزر بالسياط في الكبيرة التي لا حد فيها بخلاف الصغيرة ، ولكن ليس ذلك بشيء ، والحق الذي لا مرية فيه أن للقاضي أن يؤدب بالسوط وغيره ، وما عدا ذلك غلط فاحش ، نبهت عليه ؛ لئلا يغتر به ، أو محمول علىٰ صغائر المعاصي ، ثم هو مع ذلك ضعيف .

٥٩٤٦ـ قوله : **(ويستحب أن يكون مجلسه فسيحاً ، لا مسجداً)**[3] أي : يستحب أن لا يكون مسجداً ، والمراد : اتخاذه لذلك كما صرح به في « المحرر » و« الروضة » وأصلها[4] ؛ ولذلك قال في « التنبيه » [ص ٢٥٣] : **(ولا يجلس للقضاء في المسجد ، فإن اتفق جلوسه فيه وحضره الخصمان . . لم يكره أن يحكم بينهما)** وهـٰذا يدل علىٰ كراهة اتخاذه مجلساً للحكم ، وبه صرح « الحاوي » فقال [ص ٦٦٢] : **(وكره المسجد لا لمتفرقةٍ)** أي : قضايا متفرقة اتفق حضورها وقت حضوره المسجد ، وفي تأدية هـٰذا اللفظ لهـٰذا الغرض نظر .

٥٩٤٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٢] : **(ولا يقضي وهو غضبان)** و« المنهاج » [ص ٥٦٠] : **(ويكره**

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٤٦٨) .

(٢) فتح العزيز (١٢/ ٤٦٩) ، الروضة (١١/ ١٤٤) ، وانظر « الأم » (٧/ ١٢٧) .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٠) .

(٤) المحرر (ص ٤٨٧) ، فتح العزيز (١٢/ ٤٦٠) ، الروضة (١١/ ١٣٨) .

أن يقضي في حال غضب) وهو داخل في قول « الحاوي » [ص ٦٦٢] : (وكره الحكم بما يدهش عن الفكر) استثني منه صورتان :

إحداهما : أن يكون الغضب لله تعالىٰ كما حكاه الرافعي عن الإمام والبغوي وغيرهما ، ثم قال : وظاهر كلام آخرين أنه لا فرق[١] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : والمعتمد الاستثناء ، والفرق أن الغضب لله تعالىٰ يؤمن معه التعدي ، بخلاف الغضب لحظ النفس ؛ فإنه لا يؤمن معه مجاوزة الحد .

قال في « المطلب » : ولو فرق بين أن يكون ما حكم به في هـٰذه الأحوال لا مجال للاجتهاد فيه ، فلا يكره ؛ لأن المحذور مأمون فيه ، أو الاجتهاد فيه مجال ، فيكره . . لم يبعد .

ثانيهما : إذا كان الغضب يخرجه عن طريق الاستقامة . . فإنه يحرم عليه القضاء في هـٰذه الحالة ، وفي نص « الأم » ما يشهد له[٢] ، ذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » .

٥٩٤٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٠] : (**وكل حال يسيء خُلُقُهُ**) كذا في بعض النسخ ، وفي نسخة المصنف : (**يسوء خلقه**) أي : فيها ، وهـٰذا لا يتناول عروض النوم ، ولا كونه حاقناً أو حاقباً ، لأن ذلك لا يسيء الخلق ، فلو عبر « كالحاوي » بقوله [ص ٦٦٢] : (**والحكم بما يدهش عن الفكر**) . . لكان أحسن ، وعبارة « التنبيه » [ص ٢٥٢ ، ٢٥٣] : (**ولا يقضي وهو غضبان ، ولا جائع ، ولا عطشان ، ولا مهموم ، ولا فرحان ، ولا يقضي والنعاس يغلبه ، ولا يحكم والمرض يقلقله ، ولا وهو حاقن أو حاقب ، ولا في حر مزعج ولا برد مؤلم ، فإن حكم في هـٰذه الأحوال . . نفذ حكمه**) .

٥٩٤٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٠] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٦٦١] : (**ويندب أن يشاور الفقهاء**) محله عند اختلاف وجوه النظر وتعارض الأدلة ، فأما الحكم المعلوم بنص أو إجماع أو قياس جلي . . فلا ؛ ولهـٰذا قال « التنبيه » [ص ٢٥٣] : (**فإن اتفق أمر مشكل . . شاورهم فيه**) .

٥٩٥٠ـ قول « الحاوي » [ص ٦٦١] : (**وخرج إن اجتمع الفقهاء**) تبع فيه « الوجيز »[٣] ، قال الرافعي : وهو كالصريح في أنه يحضرهم قبل خروجه ، وهـٰذا وإن لم يتعرض له المعظم . . فيجوز أن يُوَجَّه بأنهم بانتظاره أولىٰ كما في الصلاة[٤] .

٥٩٥١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٠] : (**وألا يشتري ويبيع بنفسه ، ولا يكون له وكيل معروف**)

---

(١) فتح العزيز (١٢/ ٤٦٢) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٤٦٩) ، و« التهذيب » (٨/ ١٧٣) .
(٢) الأم (٧/ ٩٤) .
(٣) الوجيز (٢/ ٢٣٩) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٤٦٥) .

أي : يندب ذلك ، وكذا في « المحرر »[1] ، لكن في « الحاوي » : (**وكره أن يعامل بنفسه ووكيل يعرف**) والكراهة هي التي في « الروضة » و« الشرحين » ، ولا يختص ذلك بالبيع والشراء ، بل الإجارة وسائر المعاملات كذلك ، بل نص في « الأم » علىٰ أنه لا ينظر في نفقة عياله ، ولا أمر ضيعته ، بل يكله إلىٰ غيره ؛ ليتفرغ قلبه[2] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محله فيما إذا احتمل وجود محاباة ، فلو تحقق عدم المحاباة . . لم يكن مخالفاً للندب ؛ لكي لا يتعاطاه في مجلس الحكم .

٥٩٥٢ـ قولهما ـ والعبارة « للمنهاج » ـ : (**فإن أهدىٰ إليه من له خصومة . . حرم قبولها**)[3] لا يفهم منه أنه لا يملكها ، وقد صرح به « الحاوي » فقال [ص ٦٦٢] : (**ولا يملك**) قال البندنيجي : وكذا لو أحس أنها لحكومة ، ووقع في « الروضة » : أن محل تحريم هدية ذي الخصومة ما إذا كان في محل ولايته ، قال : وهديته في غير محل ولايته كهدية من عادته أن يهدي له قبل الولاية . . فلا يحرم قبولها **على الصحيح**[4] .

وهـٰذا غلط بلا شك ، وليس مقصوداً ، وإنما حصل الخلاف فيه من شيء سقط عليه من كلام الرافعي ، وهـٰذا التفصيل بين العادة وغيرها إنما هو في غير صاحب الخصومة .

٥٩٥٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٢] : (**ولا يقبل هدية ممن لم يكن له عادة بالهدية له قبل الولاية**) هو مفهوم من قول « الحاوي » [ص ٦٦٢] : (**عُهِدَ منه**) وهو حرام كما صرح به « المنهاج »[5] ، ثم لا يخفىٰ أن محل التحريم : ما إذا كان المهدي في عمله سواء كان من أهله أم لا ، فلو أرسل بها إليه في عمله من ليس من أهل عمله ، ولم يدخل معها ولا حكومة له . . ففي جواز قبولها وجهان في « الكفاية » عن الماوردي .

٥٩٥٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٢] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٦٦٢] : (**فإن لم يكن له خصومة** ـ أي : من له عادة ـ . . . **جاز أن يقبل**) قيده في « المنهاج » بقوله [ص ٥٦٠] : (**بقدر العادة**) ، وهو من زيادته على « المحرر » بلا تمييز ، ومقتضاه : اختصاص التحريم فيما إذا زاد بالقدر الزائد ، لكن قول « أصل الروضة » : (فإن زاد المهدي علىٰ قدر المعهود . . صارت هديته كهدية من لم يعهد منه الهدية)[6] يقتضي تحريم الكل .

---

(١) المحرر (ص ٤٨٧) .
(٢) فتح العزيز (١٢/ ٤٦٥ ، ٤٦٦) ، الروضة (١١/ ١٤٢) ، وانظر « الأم » (٦/ ١٩٩) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٢) ، و« المنهاج » (ص ٥٦٠) .
(٤) الروضة (١١/ ١٤٣) .
(٥) المنهاج (ص ٥٦٠) .
(٦) الروضة (١١/ ١٤٣) .

وقال في « المهمات » : القياس تخصيص ذلك بما زاد ويخرج الباقي علىٰ تفريق الصفقة ، وحينئذ . . فتصير الهدية مشتركة على الصحيح ، فإن زاد في المعنىٰ ؛ كإهداء الحرير بعد أن كان يهدي الكتان . . فهل يبطل في الجميع أم يصح فيها بقدر قيمة العادة ؟ فيه نظر ، **والأوجه** : الأول . انتهىٰ .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : المعتمد اختصاص التحريم بالزيادة إن تميزت ، وإلا . . حرم الكل .

وقال شيخنا ابن النقيب : لو قال « المنهاج » : (كالعادة) . . لكان أشمل ليعم القدر والصفة[(١)] .

٥٩٥٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٢] : (**والأفضل أن لا يفعل**) ينافي قول « المنهاج » في هـٰذه الحالة [ص ٥٦٠] : (**والأولىٰ أن يثيب عليها**) فإنه جعل الأولوية في الإثابة لا في عدم القبول ، وجمع « الحاوي » بين الأمرين فقال [ص ٦٦٢] : (**ندب أن لا يأخذ أو يثيب**) فدل علىٰ حصول الاستحباب بأحد الأمرين ، والله أعلم . تنبيهات :

أحدها : قال في « التوشيح » : ما ينعم به الملوك على القضاة من الخلع وغيرها لا يظهر أن حكمه حكم الهدية ، بل إنه حلال ؛ لأنه لا يفعل لاستمالة قلب القاضي في محاكمة ، لكن بشرطين :

أحدهما : أن يجد القاضي من نفسه أن حاله لم يتغير في التصميم على الحق ، وأنه قبل الهدية وبعدها سواء . **الثاني** : أن تجري عادة ذلك الملك الفعل هـٰذا مع من هو في منصب هـٰذا القاضي سواء تقدم له فعله مع هـٰذا القاضي أم لا ؛ لأنه إنما يهدي لصاحب المنصب من حيث هو ، وخصوص هـٰذا القاضي عنده غير معتبر .

الثاني : قال السبكي في « الحلبيات » : يجوز للقاضي قبول الصدقة ممن لم يكن له عادة[(٢)] ، وقال في « تفسيره » : إن لم يكن المتصدق عارفاً بأنه القاضي ولا القاضي عارفاً بعينه . . فلا شك في الجواز ، وإلا . . فيحتمل أن يكون كالهدية ، ويحتمل الفرق بأن المتصدق إنما يبتغي ثواب الآخرة .

قال في « التوشيح » : وهـٰذا التفصيل حق .

قلت : وينبغي أن يجوز له أخذ الزكاة قطعاً .

الثالث : تردد السبكي في « تفسيره » فيما لو شرط واقف تدريس مدرسة للقاضي ، وكان

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ٢٠٤) .
(٢) قضاء الأرب في أسئلة حلب (ص ٣٥١) مسألة (٣٢) .

للتدريس معلوم[1] ، فقال : يحتمل بطلان الشرط ، ويحتمل أن يقال : إن طلب القاضي التدريس من غير معلوم . . أجيب إليه ، ويصح الشرط ، ويحتمل أن يجاب ويأخذ المعلوم ؛ لأنه ليس معيناً ، قال : وهٰذا في حياة الواقف ، أما بعد موته ، أو إذا كان من غير أهل ولايته . . فلا يتخيل فيه منع ، قال : وإن وقف عليه واحد من أهل ولايته وشرطنا القبول في الوقف . . فهو كالهدية ، وإلا . . فينبغي الحكم بالصحة كما لو كان عليه دين فأبرأه منه ، قال : فإنه يبعد أن يقال : لا يصح ، قال : بل يصح ، وعلى القاضي الاجتهاد في عدم الميل .

قلت : ولو وفَّىٰ عنه دينه بغير إذنه . . ينبغي أن يجوز قطعاً ؛ فإن كان بإذنه بشرط عدم الرجوع . . لم يجز قطعاً ، قلته بحثاً .

٥٩٥٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٢] : (**ولا يحكم لنفسه**) و« الحاوي » [ص ٦٦٧] : (**وقضىٰ حيث شهد**) لا يفهم منه أنه لو حكم . . لم ينفذ ، وقد صرح بذلك « المنهاج » فقال [ص ٥٦١] : « **ولا ينفذ حكمه لنفسه** » واستثنىٰ منه شيخنا في « تصحيح المنهاج » صوراً يتضمن حكمه فيها الحكم لنفسه ، وهو نافذ :

الأولىٰ : أنه يحكم لمحجوره بالحكم ، وإن تضمن استيلاءه على المال المحكوم به ، وتصرفه فيه ، وفي معناه : حكمه علىٰ من في جهته مال لوقف هو تحت نظره بطريق الحكم .

الثانية : أنه يحكم لمحجوره بالوصية **على الأصح** في « أصل الروضة » ، لكن رجح ابن الرفعة في « المطلب » وشيخنا في « تصحيح المنهاج » مقابله ، وفرق في « المطلب » بين هٰذه والتي قبلها : بأن ولاية القاضي الذي ليس بوصي تنقطع عن المال الذي حكم فيه بانقطاع ولاية القضاء ، ولا كذلك الوصي إذا تولى القضاء ؛ فإن ما حكم فيه لليتيم الذي هو تحت وصيته تبقىٰ ولايته عليه بعد العزل ؛ فقويت التهمة في حقه ، وضعفت في حق غيره .

وفرق شيخنا في « تصحيح المنهاج » بينهما بأن الحاكم في الصورة الأولىٰ لو شهد بالمال للمحجور عليه قبل ولايته . . لقبلنا شهادته ، بخلاف الوصي يشهد قبل الولاية بالمال لمن هو موصىً عليه ؛ فإنه لا تقبل شهادته ، وفي معنىٰ هٰذه الصورة : حكمه علىٰ من في جهته مال لوقف هو تحت نظره بطريق خاص غير الحكم .

الثالثة : الأوقاف التي شرط فيها النظر للحاكم أو صادفها النظر له بطريق العموم لانقراض ناظرها الخاص له الحكم بصحتها وموجبها ، وإن تضمن الحكم لنفسه في الاستيلاء والتصرف .

الرابعة : للإمام الحكم بانتقال ملك إلىٰ بيت المال ، وإن كان فيه استيلاؤه عليه بجهة الإمامة ،

---

(١) أي : أجرة مقدَّرة .

وللقاضي الحكم به أيضاً ، وإن كان يصرف إليه في جامكيته ونحوها ، وهو قريب مما إذا شهد علىٰ شخص لا وارث له سوىٰ بيت المال بما يقتضي قتله . . فهل يجوز أن يصرف له شيء من ماله ؟ **صحح** النووي : المنع ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ليس الأمر كما قال ، وينبغي أن يعد حكمه فيما هو ناظر فيه بخصوص أو عموم صورتين مستقلتين ، فتكون الصور ستة ، وكذا ذكرها شيخنا في « تصحيح المنهاج » .

واعلم : أن كلامهم يفهم نفوذ حكمه علىٰ نفسه ، وقد قال الماوردي : إنه مقبول ، وحكىٰ وجهين في أنه إقرار أو حكم يظهر أثرهما فيما لو حكم علىٰ نفسه بشفعة ، الجواز ؛ فإنه يلزم على الحكم دون الإقرار ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : المعتمد أنه لا ينفذ حكمه علىٰ نفسه ؛ لئلا يؤدي إلى اتحاد الحاكم والمحكوم عليه ؛ ولأن الحاكم يستوفي من المحكوم عليه ، والإنسان لا يستوفي من نفسه لغيره .

٥٩٥٧ـ قولهم ـ والعبارة « للمنهاج » ـ : (**ورقيقه**)[1] استثنىٰ منه شيخنا في « تصحيح المنهاج » صوراً :

الأولىٰ : حكمه لرقيقه بجناية عليه قبل رقه ؛ بأن يجني ملتزم علىٰ ذمي ثم ينقض المجني عليه العهد ، ويلتحق بدار الحرب ، فيسترق ، ذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : لم أر من تعرض لذلك ، قال : ويوقف المال إلىٰ عتقه ، فإن مات رقيقاً . . **فالأظهر** : كونه فيئاً .

الثانية : العبد الموصىٰ بإعتاقه الخارج عن الثلث ، إذا قلنا : إن كسبه له دون الوارث ، وكان الوارث حاكماً . . فله الحكم له بطريقه .

الثالثة : العبد المنذور إعتاقه .

الرابعة : العبد الموصىٰ بمنفعته للذي ورثه الحكم له بكسبه .

الخامسة : إذا كان عبد الحاكم وكيلاً في دعوىٰ ، فطلب الحكم عند توجهه . . حكم له مالكه ؛ لأن الحكم إنما هو للموكل ، **والأرجح** : أنه يحكم بتسليم المال له أيضاً ؛ لأن يده نائبة عن يد الموكل ، فليست كيد المالك .

٥٩٥٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦١] : (**وشريكه في المشترك**) يستثنىٰ منه : ما إذا حكم له بشاهد ويمين الشريك . . فإنه يجوز ؛ لأن **المنصوص** أنه لا يشاركه في هـٰذه الصورة ، ذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : لم أر من تعرض له .

٥٩٥٩ـ قوله : (**وكذا أصله وفرعه على الصحيح**)[2] يقتضي أن الخلاف وجهان ، وكذا في

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٢) ، و« الحاوي » (ص ٦٦٧) ، و« المنهاج » (ص ٥٦١) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٦١) .

« المحرر » و« الشرح »[1] ، ثم قال في « الشرح » : إن صاحب « التلخيص » عبر عن الخلاف بقولين مخرجين[2] ، وليس في كلام « التلخيص » أنهما مخرجان ، والمنع قد نص عليه في « المختصر »[3] ، ومحل الخلاف في القضاء بغير العلم ، ولا ينفذ بالعلم قطعاً كما في « أصل الروضة »[4] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وإنما أوقع الرافعي في ذلك كلام الإمام ، ولكن الإمام إنما منع حيث منعت شهادته لهم[5] ، وشهادته لهم ليست ممنوعة قطعاً ، بل فيها القولان : الجديد ، والقديم ، وهنا أمران :

أحدهما : يستثنىٰ من الحكم لأصله أو فرعه : ما إذا كان وكيلاً عن غيره كما سبق ، فيما إذا كان عبد الحاكم وكيلاً .

ثانيهما : مقتضاه : امتناع الحكم فقط دون الدعوىٰ والبينة ، وكذا قال القاضي حسين في « تعليقه » : إن ظاهر ما ذكره في « المختصر » أنه تسمع منه الدعوىٰ والبينة ، ولا يقضي له ؛ لأنه قال : يرد حكمه[6] ، فخص الحكم بالرد ، فدل علىٰ أن ما عداه غير مردود ، وحكىٰ مع ذلك احتمالاً للقفال بالمنع ، وحكىٰ في « النهاية » في ذلك وجهين ، وقال : **الوجه عندنا** : أنه لا ينفذ تعديله البينة ، وكذلك إذا كان هو الناقل . . فلا مساغ له ، ولينقل الشهادة شاهدان عن الشاهدين الأصليين[7] .

٥٩٦٠ـ قوله : (**ويحكم لهـٰؤلاء**)[8] أعم من قول « المحرر » : (له ولأبعاضه)[9] .

٥٩٦١ـ قوله : (**أو قاض آخر**)[10] أعم من قول « المحرر » و« الروضة » وأصلها : (أو قاضي بلدة أخرىٰ)[11] لشموله ما لو كان معه في بلدة قاض آخر مستقل .

٥٩٦٢ـ قوله : (**وإذا أقر المدعىٰ عليه أو نكل ، فحلف المدعي وسأل القاضي أن يشهد علىٰ**

---

(١) المحرر (ص ٤٨٧) ، فتح العزيز (١٢/ ٤٧٢) .
(٢) فتح العزيز (١٢/ ٤٧٢) .
(٣) مختصر المزني (ص ٣٠٢) .
(٤) الروضة (١١/ ١٤٥) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٥٨٩) .
(٦) مختصر المزني (ص ٣٠٢) .
(٧) نهاية المطلب (١٨/ ٥٩٠) .
(٨) انظر « المنهاج » (ص ٥٦١) .
(٩) المحرر (ص ٤٨٧) .
(١٠) انظر « المنهاج » (ص ٥٦١) .
(١١) المحرر (ص ٤٨٧) ، فتح العزيز (١٢/ ٤٧٣) ، الروضة (١١/ ١٤٦) .

إقراره عنده أو يمينه أو الحكم بما ثبت والإشهاد به . . لزمه)[1] هو أنص على الوجوب من قول « المحرر » : (أجابه إليه)[2] وقد يتوهم من عبارتهما : أنه لو أقام المدعي بينة بما ادعاه وسأله الإشهاد به . . لم يلزمه ، **والأصح** : اللزوم .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وعندي أن محل الخلاف فيما إذا لم يطلب منه الحكم بذلك ، فإن طلب منه . . لزمه قطعاً ؛ لأن فيه زيادة تعلق بها حقه ليست في مجرد قيام البينة ، قال : وأما إذا علم القاضي أن الحق على المدعي به ، وطلب المدعي منه الحكم على المدعىٰ عليه حيث يجوز القضاء بالعلم ، أو طلب منه الإشهاد منه علىٰ حكمه . . فإنه يلزمه ذلك ، ولا يجيء فيه خلاف البينة ؛ لانتفاء المعنى الذي علل به الوجه المرجوح . انتهىٰ .

وقد يفهم كلامهما أنه ليس للمدعىٰ عليه طلب الإشهاد بما جرىٰ ، ومحله : فيما إذا لم يكن له فيه مصلحة ، فإن كان له فيه مصلحة ؛ كخشية تحليف المدعي إياه . . لزم الإشهاد بذلك إذا طلبه ؛ لئلا يطالبه بالحلف مرة أخرىٰ .

٥٩٦٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٧] : **(وإذا ثبت عند الحاكم حق ، فسأل صاحب الحق أن يكتب له محضراً بما جرىٰ . . كتبه ، ووقع فيه ، ودفعه إليه)** ثم قال : **(فإن أراد أن يسجل له . . كتب له سجلاً ، وحكىٰ فيه المحضر ، وأشهد علىٰ نفسه بالإنفاذ ، وسلمه إليه)** لم يبين هل ذلك علىٰ طريق الوجوب ، أو الاستحباب ؟ وفي « المنهاج » [ص ٥٦١] : **(استحب إجابته ، وقيل : يجب)** ، ومحل الخلاف : إذا كان له من بيت المال قرطاس ، أو جاءَهُ به الطالب ، وإلا . . لم يجب جزماً .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : فإن تبرع متبرع بالقرطاس . . جاء وجه الإيجاب .

٥٩٦٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٤] : **(وإن كان يسوغ فيه الاجتهاد ووافق رأيه . . لم ينقضه ، وإن خالفه . . ففيه قولان ، أحدهما : ينقضه ، والثاني : لا ينقضه) الأظهر** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج » فأطلق أنه لا ينقض ما خالف قياساً خفياً[3] ، و« الحاوي » فقيد النقض بمخالفة القياس بالجلي[4] ، وذكر بعضهم : أن الأول لا يعرف في كلام غير « التنبيه » .

وأورد شيخنا في « تصحيح المنهاج » **علىٰ** قول « المنهاج » [ص ٥٦١] : **(وإذا حكم باجتهاد ثم بان خلاف نص الكتاب أو السنة أو الإجماع أو قياس جلي . . نقضه هو وغيره ، لا خفي)** أموراً :

أحدها : أن قوله : **(باجتهاد)** يرد عليه : ما لو حكم بنص ثم بان أنه منسوخ ، أو بعموم نص ثم بان خروج تلك الصورة بدليل مخصص . . فإنه ينقض أيضاً .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٦١) .
(٢) المحرر (ص ٤٨٧) .
(٣) المنهاج (ص ٥٦١) .
(٤) الحاوي (ص ٦٦٢) .

ثانيها : أنه يخرج بنص الكتاب أو السنة دلالة العموم ؛ فإنها ليست نصاً عند الشافعية مع أنه ينقض أيضاً .

ثالثها : أن تعبيره يقتضي توقف الحال علىٰ نقضه ، وليس كذلك ، بل الحكم المذكور وقع في نفسه غير معتبر ؛ فهو منقوض من غير احتياج إلىٰ نقض ، وقول الشافعي وأصحابه في ذلك نقضه محمول علىٰ إرادة أظهر نقضه ، لا أنه ينعقد حتىٰ ينقضه القاضي .

رابعها : أن قوله : (**نقضه هو وغيره**) يقتضي التسوية بينهما ، وليس كذلك ، بل يفترقان في أنه لا يتتبع قضاء غيره ، وإنما ينقضه إذا رفع إليه ، وله تتبع قضاء نفسه لينقضه ، كذا في « أصل الروضة »[1] .

ويرد علىٰ قول « التنبيه » [ص ٢٥٧] : (**وإن حكم الحاكم فوجد النص أو الإجماع أو القياس الجلي بخلافه . . نقض حكمه**) الإيرادان المتوسطان دون الأول والأخير ، ولا يرد علىٰ قول « الحاوي » [ص ٦٦٢] : (**ونقض الخطأ قطعاً وظناً بخبر واحد وقياس جلي**) سوى الثالث .

ثم ظاهر كلامهم نقضه من غير ترافع إليه ، وهو كذلك في حقوق الله تعالىٰ ، أما حقوق الآدميين . . فالذي في « أصل الروضة » عن ابن سريج : أنه لا يلزم القاضي تعريف الخصمين صورة الحال ليترافعا إليه إن علما أنه بان له الخطأ ، بل إن ترافعا إليه . . نقض ، وعن سائر أصحابنا : أنه يلزمه وإن علما[2] ، ومقتضىٰ ذلك : أنه لا ينقضه إلا بعد الترافع ، لكن في « الوسيط » : أنه ينقضه وإن لم يرفع إليه[3] ، وذكر الماوردي وغيره نحوه .

قال في « المهمات » : والذي ذكروه أوجه مما توهمه عبارة الرافعي ، وتأويلها به متعين .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : يلزمه المبادرة إلى التفريق بين الزوجين ، ولا يأتي هنا خلاف ابن سريج ؛ للاحتياط في الإبضاع[4] .

٥٩٦٥ـ قوله : (**كنفي خيار المجلس ، والعرايا ، وذكاة الجنين ، والقصاص بالمثقَّل**)[5] تبع في نقض الحكم بذلك الإمام والغزالي[6] ؛ فإن الرافعي حكاه عنهما في الصورتين الأوليين والرابعة ، ثم قال : وبمثله أجاب محققون في الحكم بصحة النكاح بلا ولي ، فذكر تمام عشر نظائر ، ثم قال : ومن الأصحاب من منع النقض وقال : هي مسائل اجتهادية ، والأدلة فيها

---

(١) الروضة (١١/ ١٥١) .
(٢) الروضة (١١/ ١٥٠) .
(٣) الوسيط (٧/ ٣٠٧) .
(٤) انظر « حاشية الرملي » (٤/ ٣٠٤) .
(٥) انظر « الحاوي » (ص ٦٦٢) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٤٧٢) ، و« الوجيز » (٢/ ٢٤٠) .

متقاربة ، قال الروياني : **وهو الصحيح** ، وكذا ذكره ابن كج في الحكم ببطلان خيار المجلس[1] ، واقتصر في « الروضة » علىٰ ذكر تصحيح الروياني في جميع الصور[2] ؛ فاقتضىٰ كلامه موافقته ، ويوافقه تصحيح الرافعي في النكاح عدم النقض في النكاح بلا ولي .

٥٩٦٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٣] : (**وإن كان القاضي قبله لا يصلح للقضاء . . نقض أحكامه كلها أصاب فيها أو أخطأ**) ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محله ما إذا لم يكن هناك تولية من ذي شوكة بحيث ينفذ الحكم بالجهل ، فإن كان . . لم ينقض ما أصاب فيه .

٥٩٦٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦١] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٦٦٧] : (**والقضاء ينفذ ظاهراً لا باطناً**) محل الجزم به ما ليس بإنشاء ؛ بل هو تنفيذ لما قامت به الحجة ؛ مثل إن حكم بشهادة زور سواء كان مالاً أو نكاحاً أو غيرهما ، أما الإنشاء ؛ كفسخ النكاح بالعيب وتسليط الشفيع ـ ووهم في « الروضة » وأصلها في تمثيله بتفريق المتلاعنين[3] ؛ لأنه حاصل بلعان الزوج من غير تفريق القاضي ـ فإن ترتبت علىٰ أصل كاذب ؛ كشهادة زور . . فكالأول ، أو صادق ؛ فإن لم يكن في محل اختلاف المجتهدين . . نفذ باطناً أيضاً ، وهـٰذه قد لا ترد علىٰ إطلاقهما ؛ لأنه ليس للقضية باطن ، بخلاف ظاهرها عند أحد ؛ لعدم الاختلاف فيه كما تقرر ، وإن كان مختلفاً فيه . . نفذ ظاهراً ، وفي الباطن أوجه : **صحح** جماعة منهم البغوي وأبو عاصم : النفوذ مطلقاً ، وذهب الأستاذ أبو إسحاق والغزالي إلى المنع ؛ وهو مقتضىٰ إطلاق « المنهاج » و« الحاوي » ، والثالث : إن اعتقده الخصم أيضاً . . نفذ باطناً ، وإلا . . فلا .

وفي « المهمات » : إن **الصحيح** الأول ؛ فقد حكاه الرافعي في كتاب الدعاوىٰ في الكلام على اليمين عن ميل الأكثرين ، وفي دعوى الدم عن ميل كلام الأئمة ، قال في « المهمات » : وإطلاقهم يقتضي أنه لا فرق في النفوذ باطنا بين ما ينقض وما لا ينقض ، وفيه نظر ، لكنه مستقيم ؛ فإنه لا منافاة .

٥٩٦٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦١] : (**ولا يقضي بخلاف علمه بالإجماع**) فيه أمور :

أحدها : عبارة « المحرر » و« الروضة » و« الشرحين » : (بلا خلاف)[4] ، ولا يصح ؛ فلنا وجه : أنه يقضي بالبينة إذا شهدت بما يعلم خلافه ، حكاه الماوردي والروياني والشاشي وابن يونس وابن الرفعة[5] ، وقال في « التوشيح » : كنت أسمع الوالد رحمه الله يتوقف في إثبات هـٰذا الخلاف .

---

(١) فتح العزيز (١٢/ ٤٨١) .
(٢) الروضة (١١/ ١٥١ ، ١٥٢) .
(٣) فتح العزيز (١٢/ ٤٨٣) ، الروضة (١١/ ١٥٣) .
(٤) المحرر (ص ٤٨٨) ، فتح العزيز (١٢/ ٤٨٨) ، الروضة (١١/ ١٥٦) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ٣٢٥) .

ثانيها : قد يفهم أنه يقضي في هـٰذه الصورة بعلمه ، وليس كذلك كما صرح به الشاشي في « الحلية » ، قال في « المهمات » : وفي كلام الرافعي إشارة إليه ؛ فإنه أطلق منعه عن القضاء[1] ، وكأن معناه : قوة التهمة .

قلت : وكذا أطلق في « المحرر » منع القضاء[2] ، ففات « المنهاج » منه هـٰذه الإشارة ، وصرح به أيضاً الماوردي ، لكن قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إن الماوردي إنما بناه علىٰ منع القضاء بالعلم ، وإن الشاشي أخذه منه[3] ، ووهم في إطلاقه المنع من غير تفريعه علىٰ ذلك القول .

وقال في « التوشيح » : قد يتوقف في منع قضائه بعلمه هنا ؛ فإنه إذا تحقق كذبهم في المشهود به . . كان أولىٰ بدفع قولهم من تحقق جرحهم ، ولو تحقق جرحهم . . لرد شهادتهم وكان فيه الحكم بعلمه المعارض لشهادتهم فليحكم هنا بطريق أولىٰ .

ثالثها : قال في « المهمات » : في هـٰذا التعبير تجوز ؛ فإن من يقضي بشهادة شاهدين لا يعلم كذبهما ولا صدقهما قاض بخلاف علمه مع أن قضاءه نافذ بالاتفاق ؛ **فالصواب** : بما يعلم خلافه ، وبه عبر الماوردي وغيره[4] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهـٰذا الاعتراض غير صحيح ؛ لأن الذي يقضي به القاضي هو الذي شهد به الشاهدان لا صدقهما ، فلم يقض حينئذ علىٰ خلاف علمه ولا بما يعلم خلافه ؛ فالعبارتان مستويتان علىٰ ما قررناه .

رابعها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إن أراد العلم القطعي الذي لا يحتمل النقيض . . لم يطابق تمثيل « المحرر » له بما إذا علم أن المدعي أبرأه مما يدعيه ، أو أن مدعي النكاح طلق ثلاثاً[5] ؛ وإن أراد الظن . . فقد قامت عنده البينة بخلاف ظنه ؛ فإذا قلنا : يقضي بعلمه . . فقد تعارض عنده ظنان ؛ فكان ينبغي أن يخرج على الأقوال في تعارض البينتين ، ولم نر من قال به ، وإن قلنا : لا يقضي بعلمه . . فينبغي أن يقضي بما قامت به البينة ؛ لأنه لم يعارضه ما يقضي به ، وسيأتي من نقل الماوردي ما يشهد له .

قلت : قد يريد العلم القطعي ، ومثالا « المحرر » لا ينافيان ذلك ، وقد يريد الظن ، ولا تعارض ؛ لأن علمه بالإبراء مثلاً ناقل ، فلو قامت به بينة . . لكانت مقدمة ؛ [فلذلك علمه][6]

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٤٨٨) .

(٢) المحرر (ص ٤٨٨) .

(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ٣٢٥) ، و« حلية العلماء » (٣/ ١١٦٨) .

(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ٣٢٥) .

(٥) المحرر (ص ٤٨٨) .

(٦) في (د) : (فكذلك حكمه) .

به مقدم بناءً على القضاء بالعلم ؛ لما فيه من زيادة العلم ، وإذا قلنا : لا يقضي بعلمه . . فعلمه وإن لم يصلح لإثبات الحكم يصلح لدفعه ؛ لأن دفع الشيء أسهل من الحكم به ، والله أعلم .

خامسها : قال شيخنا أيضاً : يستثنىٰ منه : ما لو علم القاضي الإبراء فذكره للمقر ؛ فقال : أعرف صدور الإبراء منه ، ومع ذلك فدينه باق عليّ ، فإن القاضي يقضي على المقر بما أقر به ، وإن كان علىٰ خلاف ما علمه القاضي ؛ لأن الخصم قد أقر بما يدفع علم القاضي ، قال : ولم أر من تعرض لذلك ، وفقهه واضح .

قلتُ : ليس هـٰذا قضاء علىٰ خلاف العلم ؛ لأن إقرار الخصم المتأخر عن الإبراء قد رفع حكم الإبراء ، فصار العمل به ، لا بالبينة ولا بالإقرار المتقدم .

سادسها : قال شيخنا أيضاً : لو علم القاضي زنا المقذوف بالمشاهدة ، ولم يقم القاذف بينة علىٰ زناه ، وطلب المقذوف من القاضي أن يحده . . فالذي أجبت به : أن الحاكم يجيبه لذلك ؛ لأن القاذف إذا لم يأت بالشهداء كاذب في علم الله تعالىٰ ؛ لقوله : ﴿ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا۟ بِٱلشُّهَدَآءِ فَأُو۟لَـٰٓئِكَ عِندَ ٱللَّهِ هُمُ ٱلْكَـٰذِبُونَ ﴾ ، وإذا كان كاذباً . . أقام عليه حد القذف ، وإنما لا يقضي علىٰ خلاف علمه في الموضع الذي يقضي فيه بعلمه ، وحدود الله تعالىٰ لا يقضي فيها بعلمه ، فيقضي فيها علىٰ خلاف علمه .

سابعها: قد يندرج في قوله: (**بخلاف علمه**) حكمه بخلاف عقيدته ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهـٰذا يمكن أن يدعي فيه اتفاق العلماء ؛ لأن الحكم إنما يبرم من حاكم بما يعتقده .

٥٩٦٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٥] : (**فإن علم الحاكم وجوب الحق . . فهل له أن يحكم بعلمه ؟ فيه ثلاثة أقوال : أحدها : يحكم ، والثاني : لا يحكم ، والثالث : يحكم في غير حدود الله ، ولا يحكم في حدوده**) ، **الأظهر** : الثالث كما في « المنهاج » ، وعليه مشى « الحاوي »[1] ، وفي كلامهم أمور :

أحدها : أن محل ذلك في غير الجرح والتعديل ، فلو شهد عنده من يعرف عدالته أو جرحه . . اعتمد علمه ، ولا يتخرج فيه هـٰذه الأقوال ، وقد ذكره « المنهاج » في الفصل الذي يليه ، فقال : (**وإذا شهد شهود فعرف عدالة أو فسقاً . . عمل به**)[2] و« الحاوي » فقال [ص ٦٦٧] : (**كالتعديل**) ، وقد حكىٰ غير واحد الاتفاق عليه ، لكن فيه وجه ضعيف محكي في « الروضة » وأصلها[3] ، فظاهر كلامهم العمل بذلك ، ولو كان في حدود الله تعالىٰ .

---

(١) الحاوي (ص ٦٦٧ ، ٦٦٨) .

(٢) المنهاج (ص ٥٦٢) .

(٣) الروضة (١١/١٥٦) .

ثانيها : ومما يقضي فيه بعلمه قطعاً التواتر ، كما ذكره ابن عبد السلام في « القواعد »[1] ، والمسألة فيها وجهان في « النهاية »[2] ، **واختار** شيخنا في « تصحيح المنهاج » التفصيل بين التواتر الظاهر لكل أحد ؛ كوجود بغداد . . فيقضي به قطعاً ، وبين التواتر المختص . . فيتخرج علىٰ خلاف القضاء بالعلم ، بل ينقص عنه ؛ لأن المشاهدة أقوىٰ من الخبر وإن تواتر[3] .

ثالثها : ومنه ما في « أصل الروضة » في قسم الصدقات عن الأصحاب : أن الإمام لو علم استحقاق من طلب الزكاة . . جاز الدفع له ، قال : ولم يخرجوه على القضاء بالعلم[4] .

رابعها : وفي « أصل الروضة » أيضاً في (القسامة) عن الإمام : أن القاضي لو عاين اللوث . . فله اعتماده ، ولا يخرج علىٰ خلاف القضاء بالعلم ؛ لأنه يقضي بالأيمان ، وأقره علىٰ ذلك[5] ، وتعقبه شيخنا في « تصحيح المنهاج » : بأن نقل اليمين من جانب المدعىٰ عليه إلىٰ جانب المدعي مستنده علم القاضي ؛ ففيه خلاف القضاء بالعلم .

خامسها : وفي المستثنىٰ أيضاً : ما لو أقر بالمدعىٰ في مجلس القضاء . . ففي « أصل الروضة » هنا : أنه قضاء بإقراره لا بعلم القاضي[6] ، لكنه قال قبل ذلك : إن على القاضي إجابة من طلب منه الإشهاد بإقرار خصمه له في مجلس حكمه ؛ لئلا ينكر بعد ، فلا يتمكن القاضي من الحكم عليه إن قلنا : لا يقضي بعلمه ، ويوافقه قول الشافعي رضي الله عنه في تصوير محل الخلاف : (فأقر في مجلس القاضي أو غير مجلسه)[7] ، ذكره في « المهمات » .

وحمل شيخنا في « تصحيح المنهاج » المذكور هنا على المستمر علىٰ إقراره ، وفي غيره على الجاحد بعد ذلك ، قال : ومن توهم المخالفة بينهما . . فقد أخطأ .

سادسها : استثنىٰ شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هلال رمضان ، فلو رآه القاضي وحده . . حكم بالصيام تفريعاً علىٰ ثبوته بشهادة واحد **وهو الأظهر** ، ولا يتخرج فيه مع ذلك قولان ، والقيافة للقاضي للحكم بعلمه فيها إذا كان قائفاً تفريعاً على الاكتفاء بواحد **وهو الأصح** ، ولا يتخرج فيه مع ذلك خلاف ، ذكرهما تخريجاً مع أن المنقول في الثانية في « أصل الروضة » تخريجه علىٰ خلاف

---

(١) قواعد الأحكام في إصلاح الأنام (٢/ ٧٠) .

(٢) نهاية المطلب (١٨/ ٤٨٨) .

(٣) انظر « مغني المحتاج » (٤/ ٣٩٨)

(٤) الروضة (٢/ ٣٢٢) .

(٥) الروضة (١٠/ ١٢) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٧/ ٩) .

(٦) الروضة (١١/ ١٥٦) .

(٧) انظر « الأم » (٧/ ١١٣) .

القضاء بالعلم ، لكن نازع فيه شيخنا ، وقال : **الصواب خلافه** ؛ لأن العدد ليس شرطاً في القيافة حتىٰ ينظر إلى التقيد بالعدد .

سابعها : في « أصل الروضة » عن الأصحاب : أنهم مثلوا القضاء بالعلم بما إذا ادعىٰ عليه مالاً وقد رآه القاضي أقرضه ذلك ، أو سمع المدعىٰ عليه أقر بذلك ، ومعلوم أن رؤية الإقراض وسماع الإقرار لا يفيد ثبوت اليقين بثبوت المحكوم به وقت القضاء ؛ فدل علىٰ أنهم أرادوا بالعلم : الظن المؤكد ، لا اليقين[١] ، ويوافق ذلك قوله في القيافة : لو كان القاضي قائفاً . . فهل يقضي بعلمه ؟ فيه الخلاف في القضاء بالعلم[٢] ، وترجيحه في القسمة تخريج قضائه في التقويم بمعرفته علىٰ خلاف القضاء بالعلم ، ويخالفه قول الإمام : إذا جوزنا القضاء بالعلم . . فذلك فيما يستيقنه ، لا ما يظنه ، وإن غلب الظن[٣] ، وتبعه الغزالىٰ ، فقال : لا خلاف أنه لا يقضي بظنه الذي لا يستند إلىٰ بينة[٤] ، وعكسه الماوردي فقال : إذا رأى الحاكم رجلاً يتصرف في دار مدة طويلة من غير معارضة . . جاز أن يحكم له بالملك ، وفي جواز الشهادة في هـٰذه الحالة قولان ، والفرق أن الحاكم له أن يجتهد وليس للشهود أن يجتهدوا .

ثامنها: أهملوا شرط القضاء بالعلم، وهو التصريح بالمستند، فيقول: علمت أن له عليك ما ادعاه، وحكمت عليك بعلمي ؛ فإن اقتصر علىٰ أحدهما . . لم ينفذ الحكم ، قاله الماوردي والروياني[٥]، قال شيخنا في «تصحيح المنهاج»: وله وجه من النظر ، ويحتمل عدم الاحتياج إليه .

تاسعها : أن عبارة « التنبيه » صريحة في جريان الخلاف في حدود الله تعالىٰ ، وهو مقتضىٰ قول « المنهاج » [ص ٥٦١] : (**والأظهر : أنه يقضي بعلمه إلا في حدود الله تعالىٰ**) ، وعبارة « المحرر » : لا تعطي ذلك ؛ فإنه قال : (**أصح القولين** : أن القاضي يقضي بعلمه إلا في حدود الله)[٦] ، ويوافقه ترجيح « الروضة » القطع بأنه لا يقضي في حدود الله بعلمه ، وقيل : قولان[٧] ، وفي « **المهمات** » : أن الذي في « الروضة » سهو ، وأن **المرجح في** « الشرحين » طريقة القولين[٨] .

---

(١) الروضة (١١/ ١٥٦ ، ١٥٧) .
(٢) الروضة (١٢/ ١٠٢) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٥٨٠ ، ٥٨١) .
(٤) انظر « الوسيط » (٧/ ٣٠٨) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ٣٢٤) .
(٦) المحرر (ص ٤٨٨) .
(٧) الروضة (١١/ ١٥٦) .
(٨) فتح العزيز (١٢/ ٤٨٧ ، ٤٨٨) .

عاشرها : يستثنىٰ مع حدود الله : التعزيرات المتعلقة بحقه تعالىٰ ، ذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، ثم قال : ولكن من ظهر له منه في مجلس الحكم ما يقضي تعزيراً . . عزره ، وهـٰذا من القضاء بالعلم ، وليس كما لو أقر ؛ لأن الإقرار مستند الحكم وقاطع للعذر .

حادي عشر : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : يستثنىٰ من قوله : (**إلا في حدود الله**) ما إذا صدر منه ذلك في مجلس الحكم علىٰ رؤوس الأشهاد ؛ كالردة وشرب الخمر والزنا ، قال : ولم يتعرضوا له ، قال : وكذا إذا اعترف في مجلس الحكم بما يوجب الحدود ، ولم يرجع عن إقراره . . فإنه يقضي فيه بعلمه ، ولو اعترف سراً ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « فإن اعترفت . . فارجمها »[1] ، ولم يقيده بأن يكون بحضور الناس .

ثاني عشر : قال شيخنا أيضا : ويستثنىٰ منه أيضاً : ما إذا علم القاضي من مكلف أنه أسلم ثم أظهر الردة . . فقد أفتيت فيه : بأن القاضي يقضي بعلمه بالإسلام ، ويرتب عليه أحكامه .

٥٩٧٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦١] : (**وله الحلف على استحقاق حق أو أدائه اعتماداً علىٰ خط مورثه إذا وثق بخطه وأمانته**) قد يفهم أنه لو وجد بخط نفسه : لي علىٰ فلان كذا . . لم يجز أن يحلف حتىٰ يتذكر ، وكذا في « أصل الروضة » عن « الشامل » من غير مخالفة[2] ، لكن يخالفه ما سيأتي في « المنهاج » في الدعاوىٰ : (**أنه يجوز البت ـ** أي : في اليمين **ـ بظن مؤكد يعتمد خطه أو خط أبيه**)[3] ، وكذا هو في « الروضة » وأصلها[4] ، وقال في « المهمات » : اشتراط الثقة والأمانة لا يظهر في مسائل ذكرها الرافعي ؛ فينبغي استحضارها :

الأولىٰ : لو بيع الشقص بصبرة فضة ، وادعى الشفيع أنها كذا ، ونكل المشتري . . جاز للشفيع الحلف اعتماداً علىٰ نكوله .

الثانية : للمشتري الحلف علىٰ عدم التسليم عند المنازعة اعتماداً علىٰ قول البائع .

الثالثة : إذا أنكر المودع التلف وتأكد ظنه بنكول المودع . . جاز أن يحلف اليمين المردودة **في الأصح** ، وكذا نازع شيخنا في « تصحيح المنهاج » في اشتراط وثوقه بخطه وأمانته وقال : الشرط أن يحصل عنده ظن مؤكد كما ذكره في الدعاوىٰ ، قال : فإن ظن الحاصل من نكول الخصم أو شهادة الشاهد الواحد كاف في ذلك من غير احتياج إلى الخط ، قال : وقد يحلف الإنسان في البيع والحوالة ونحوهما على الملك واستحقاق الدين ، بناء علىٰ ما قاله البائع والمحيل ؛ فالعبرة حينئذ بالظن المؤكد .

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٩٠) ومسلم (١٦٩٧) .
(٢) الروضة (١١/ ١٥٩) .
(٣) المنهاج (ص ٥٧٩) .
(٤) فتح العزيز (١٣/ ١٩٧) ، الروضة (١٢/ ٣٦) .

٥٩٧١ـ قوله : (**والصحيح : جواز رواية الحديث بخطٍّ محفوظٍ عنده**)[١] يقتضي المنع إذا لم يكن محفوظاً عنده ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وليس كذلك ، بل المعتمد عند العلماء قديماً وحديثاً العمل بما يوجد في السماع والإجازة تفريعاً علىٰ جوازها مكتوباً في الطباق التي تغلب على الظن صحتها ، وإن لم يتذكر السماع ولا الإجازة ولم تكن الطبقة محفوظة عنده . انتهىٰ .

ولهٰذا قال « الحاوي » [ص ٦٦٨] : (**ويروي بخطه المحفوظ**) ولم يقيده بكونه عنده .

٥٩٧٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٢] : (**ومن لم يتعين عليه** ـ أي : القضاء ـ . . **جاز أن يأخذ ما يحتاج إليه**) قال في « الكفاية » : محله : ما إذا لم يوجد متبرع بالقضاء ، فإن وجد وهو صالح . . فلا يجوز أن يعطىٰ من بيت المال ، صرح به الماوردي وصاحب « البيان »[٢] ، وأشار إليه البندنيجي وابن الصباغ .

٥٩٧٣ـ قوله : (**ويجوز أن يحضر الولائم**)[٣] محله في وليمة من لا حكومة له إذا لم يعملها له بخصوصه ، أما وليمة من له حكومة أو عملت له بخصوصه . . فكالهدية .

٥٩٧٤ـ قوله : (**ويشهد مقدم الغائب ، ويسوي بين الناس في ذلك ، فإن كثرت عليه وقطعته عن الحكم . . امتنع في الكل**)[٤] الذي جزم به الرافعي والنووي في شهود مقدم الغائب أنه كعيادة المرضىٰ يأتي منه ما لا يقطعه عن الحكم[٥] ، قال في « التوشيح » : والذي يظهر ما فعله الشيخ ؛ فإن كلاً من الولائم وشهود مقدم الغائب من حقوق الداعي والقادم ، وأما الجنائز والعيادة . . فمن حقوق فاعلها ، وقد ذكر الماوردي هٰذا الفرق . انتهىٰ[٦] .

وفي « أصل الروضة » : أنه لو كان يخص بعض الناس قبل الولاية بإجابة وليمته . . فنقل ابن كج عن نص الشافعي : أنه لا بأس بالاستمرار[٧] .

٥٩٧٥ـ قوله : (**ولا يحتجب إلا لعذر**)[٨] يقتضي صرف جميع أوقاته للقضاء إلا في حالة العذر ، وكذا قال القاضي حسين ، قاله في « الكفاية » ، قال : وذكر الماوردي أنه يجعل زمان نظره معيناً من الأيام ؛ ليتأهب الناس له ، فإن كثرت المحاكمات . . لزمه النظر كل يوم ، ويكون وقت

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٦١) .
(٢) الحاوي الكبير (١٦/ ٢٩٤) ، البيان (١٣/ ١٤) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٢) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٢) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٥٠٠) ، و« الروضة » (١١/ ١٦٦) .
(٦) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ٤٥) .
(٧) الروضة (١١/ ١٦٦) .
(٨) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٣)

نظره في اليوم معروفاً ، وإن قلت . . جعل يوم نظره معروفاً من الأسبوع ، فإن تجدد في غير يوم النظر ما لا يمكن تأخيره فيه . . نظر[1] ، وفي « التهذيب » : لا يجوز أن يؤخر النظر إذا وقعت لإنسان خصومة إلا لعذر . انتهىٰ[2] .

وفي « أدب القضاء » لشريح الروياني : إن كان يقضي برزق من بيت المال . . لزمه أن يقضي في كل نهاره ، إلا في وقت قضاء الحاجة والطهارة والصلاة المفروضة والنافلة المؤكدة وتناول الطعام على الوجه الذي للأجير أن يشتغل عن العمل ، وقيل : يلزم ذلك علىٰ حسب العادة والعرف بين القضاة ، وإذا كان متبرعاً بالقضاء . . فقد قيل : يجلس أي وقت أراد ، **والصحيح** : أنه يعقد علىٰ عادة الحكام ، ثم هل تعتبر عادة سائر حكام البلاد أو عادة حاكم تلك البلد ؟ وجهان .

فصل

[في التسوية بين الخصمين وما يتبعها]

٥٩٧٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦١] و« الحاوي » [ص ٦٦١] : (**ليسوِّ بين الخصمين**) و« التنبيه » [ص ٢٥٣] : (**ويسوي بين الخصمين**) يحتمل الوجوب والاستحباب ، والأول هو **الصحيح** الذي قطع به الأكثرون ، كما في « أصل الروضة » ، قال : واقتصر ابن الصباغ على الاستحباب[3] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : الإيجاب هو ظاهر نص « الأم » ، لكن نسبته لقطع الأكثرين ليس بمسلّم ؛ فإنه قل من يصرح بالإيجاب ، وقال بالاستحباب أيضاً القاضي أبو الطيب ، وفي قصة زيد بن ثابت لما تحاكم إليه عمر وأبي بن كعب ما يشهد للاستحباب ؛ فإنه وسع لعمر صدر فراشه ، وقال : هـٰهنا يا أمير المؤمنين ؛ ولم يفعل ذلك مع أبيّ ، فقال له عمر : لقد جُرت[4] ؛ يعني : خالفت المستحب ؛ ولذلك لم يصرح بإثمه ، ولا أمره بالاستغفار ، ويمكن أن يقال : إن أبيّاً يعلم من زيد أنه لا يحمله ذلك علىٰ أنه يقضي بغير الحق ، وكان إكرام أمير المؤمنين مطلوباً ، فلم يؤثر ذلك عند أبيّ ، فلو علم الخصم من القاضي ما علمه أبيّ من زيد . . فلا يمتنع على القاضي تعاطي إكرام أحد الخصمين على الوجه اللائق به ، ولكن التسوية مطلقاً تطلب سد الباب ما يفضي إلى انكسار قلب الآخر . انتهىٰ .

٥٩٧٧ـ قولهما : (**في الدخول عليه**)[5] وهو داخل في إطلاق « الحاوي » التسوية في

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ٢٨) .
(٢) التهذيب (٨/ ١٧٣) .
(٣) الروضة (١١/ ١٦١) .
(٤) أخرجه البيهقي في « سننه الكبرىٰ » (٢٠٢٥٠) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٣) ، و« المنهاج » (ص ٥٦١) .

الإكرام[1] ، قال شيخنا أيضاً : محله فيما إذا جاءا معاً ، ولم يكن للمدعي إلا خصم واحد ، ولم يكن من أهل بيت القاضي ، ودخل في حاجته ، فإن حضر بطلب إحضار خصمه . . أدخله وإن كان وحده ؛ لأنه ليس مقام دعوىٰ ، وإن كان للمدعي خصوم فدخل مع أحدهم وتأخر الباقون . . لم يمتنع ذلك ، وفي « الأم » : (وإذا قدم الذي جاء أولاً وخصمه ، وكان له خصوم فأرادوا أن يتقدموا معه . . لم ينبغ له أن يستمع إلا منه ومن خصم واحد ، فإذا فرغا . . أقامه ودعا الذي جاء بعده ، إلا أن لا يكون عنده كبير أحد)[2] ، قال : وفي هـٰذا النص الإشارة إلىٰ ما قررناه ، وإن كان من أهل بيت القاضي ممن يدخل عليه لمصلحته ، فعرضت له به حاجة ، فطلبه لها . . لم يحرم ، لكن **الأولىٰ** للقاضي إذا ظهر له أنه مع خصم له أن يمتنع عن طلبه ذلك الوقت حتىٰ تنفصل الخصومة ، قال : ولم أر من تعرض لذلك .

٥٩٧٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦١] : (**وقيام لهما**) وهو داخل في إطلاق « الحاوي » الإكرام[3] ؛ أي : إما أن يقوم لهما أو يتركه لهما ، وقال ابن أبي الدم : عندي أنه يكره ؛ فإنه قد يكون أحدهما شريفاً والآخر وضيعاً ، فإذا قام . . علما أنه إنما قام للشريف ، فترك القيام لهما أقرب إلى العدل وأنفىٰ للتهمة ، وعلىٰ هـٰذا جرىٰ سنن الحكام الماضين ، فإن دخل ذو هيئة فقام له ظناً أنه لم يأت في خصومة . . فإما أن يقوم لخصمه كقيامه له ، وإما أن يعتذر بأنه لم يشعر بمجيئه مخاصماً ، حكاه عنه في « المطلب » ، وقال : وهو يؤخذ من منعه من ضيافة الخصمين .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إذا كان أحدهما ممن يعتاد القيام له دون الآخر . . فينبغي ترك القيام ؛ لأنه إذا قام عند دخولهما . . ظهر للحاضرين وللخصم أن القيام إنما هو للكبير ، فلا تحصل التسوية ، قال : وهـٰذا أخص بما قاله ابن أبي الدم ، ولا بد منه[4] .

٥٩٧٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦١] : (**وجواب سلام**) هـٰذا إذا سلّما معاً ، فإن سلّم أحدهما دون الآخر . . فمقتضاه : أنه لا يجيبه ، وكذا في « أصل الروضة » عن الأصحاب أنهم قالوا : يصبر حتىٰ يسلّم الآخر ، قال الرافعي : وقد يتوقف في هـٰذا إذا طال الفصل ، وقالوا : لا بأس بأن يقول للآخر : سلّم ، فإذا سلّم . . أجابهما ، وكأنهم احتملوا هـٰذا الفصل للتسوية ، وقيل : يجوز ترك الجواب مطلقاً واستبعده الإمام[5] .

وفي « المهمات » : أن ما حكاه عن الأصحاب لم يقل به سوى القاضي والبغوي ، وقال

---

(١) الحاوي (ص ٦٦١) .
(٢) الأم (٦/٢١٤) .
(٣) الحاوي (ص ٦٦١) .
(٤) انظر « حاشية الرملي » (٤/٣٠٩) .
(٥) فتح العزيز (١٢/٤٩٣) ، الروضة (١١/١٦١) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٨/٥٧٢) .

الإمام : إنه إفراط وسرف[١] ، واستبعده الغزالي ، وقال : إنه إفراط ، قال في « المهمات » : ثم إن المذكور هنا يخالف قولهم في السير إن ابتداء السلام سنة كفاية ، فإذا حضر جماعة وسلم أحدهم . . كفىٰ ذلك عن سلام الباقين ، وكذا قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ما حكاه عن الأصحاب وجه ضعيف ، **والأصح** : أنه يرد السلام ، ويوجهه إليهما ؛ لأن ابتداء السلام سنة كفاية ، فإذا سلم أحدهما . . فقد قام بالسنة عن الآخر ؛ فجواب الحاكم رد على المسلّم حقيقة وعلى الآخر حكماً ، وفي « المطلب » : قد يظهر بردّ سلام أحدهما ميل من حيث أن المسلّم إنما يتجرأ على ابتداء السلام مع هيبة الحاكم ، وعدم مشروعية الابتداء به ؛ لاشتغال القاضي لدالة بينه وبين القاضي ، فردّه عليه يؤكد ذلك ، ولو فرضنا أن الابتداء مشروع . . لم يبعد من الجاهل توهم ذلك .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو مردود ؛ فإن الجرأة بذلك ليس مما يظهر الدالة ، بل يظهر إقدام المسلّم على السلام ، وإذا وجه القاضي السلام عليهما . . خرج ما ذكر من التوهم .

٥٩٨٠ـ قولهما : (**ومجلس**)[٢] وهو داخل في إطلاق « الحاوي » الإكرام[٣] ؛ أي : يسوي بينهما في المجلس ، فيجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره إن كانا شريفين ، أو بين يديه ، وهو الأولىٰ على الإطلاق ، ونازع شيخنا في « تصحيح المنهاج » في أن الأول تسوية ؛ لأن الجالس على اليمين له مزية ، وفي « سنن أبي داوود » ساكتاً عليه من حديث ابن الزبير : (قضىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الخصمين يقعدان بين يدي الحَكَمِ)[٤] .

٥٩٨١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٣] : (**وإن كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً . . قدم المسلم على الكافر في الدخول ، ورفعه عليه في المجلس**) اقتصر « المنهاج » و« الحاوي » رفعه عليه في المجلس ، ولم يذكرا تقديمه عليه في الدخول[٥] ، وكذا في « أصل الروضة » ، ثم قال : ويشبه أن يجري الوجهان في سائر وجوه الإكرام[٦] .

قال شيخنا الإسنوي في « التنقيح » : فكلام الشيخ لا يوافق بحث الرافعي ؛ إذ مقتضاه العموم ، ولا نقله ؛ لأنه لم يستثن تقديمه عليه في الدخول .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : في « الإبانة » للفوراني نقل الوجهين في الجميع ؛ إذ

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٨/٥٧٢) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٣) ، و« المنهاج » (ص ٥٦١) .
(٣) الحاوي (ص ٦٦١) .
(٤) سنن أبي داوود (٣٥٨٨) .
(٥) الحاوي (ص ٦٦١) ، المنهاج (ص ٥٦١) .
(٦) الروضة (١١/١٦١) .

قال : ينبغي للقاضي أن يسوي بين الخصمين في المجلس والنظر والسلام وغير ذلك ، فلو كان كافراً . . فهل يسوي بينهما ؟ فيه وجهان ، قال : وهـٰذا ظاهر أو صريح في أن الخلاف في الجميع . انتهىٰ .

وسبقه إلىٰ نقل ذلك عن الفوراني ابن الرفعة ، وكذا في « المهمات » ، وقد عرفت أنه لم يصرح في عبارته بالدخول .

قال في « التوشيح » : وقد يقال : لا ينبغي جريانهما في الدخول ، بخلاف سائر وجوه الإكرام ؛ فإن في تقديم أحد الخصمين في الدخول ريبة ليست في غيره ، فإن الخصم يتهم السابق إلى الدخول بالاختلاء بالحاكم في شأنه .

قلت : لا يلزم من دخوله قبله الاختلاء بالحاكم ، فإذا أذن لهما جميعاً . . تقدم المسلم في الدخول إكراماً مع دخول الآخر وراءه علىٰ أثره من غير مضي زمن يأتي فيه خلوه ، وأما تقدمه عليه بزمن يحتمل الخلوة . . فذاك في الحقيقة إذن لأحد الخصمين وحجب للآخر ، وهـٰذا لم يقل به أحد .

وعبارة الماوردي : أحدهما : يسوي بينهما فيه ؛ أي : في المجلس كما يسوي بينهما في المدخل والكلام[1] ، وذلك يقتضي أن المدخل والكلام محل اتفاق ، وكذا في « الاستقصاء » وغيره .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأصح** : تقديم المسلم في جميع وجوه الإكرام ، قال : ولا خلاف أن القاضي لو جابَرَ[2] المسلم بالسلام دون الكافر ، والكافر قاطع بأن القاضي يعظم المسلم ويذل الكافر . . فلا يحصل له في خصومته كسر قلب ، ومن اقتصر علىٰ ذكر الرفع في المجلس . . فلاعتقاده أن الأثر إنما جاء فيه ؛ أو لأن الرفع في المجلس مستمر حال المحاكمة ، بخلاف الدخول وغيره مما لا يكون حال المحاكمة . انتهىٰ .

قال في « المهمات » : ولو كان أحدهما مرتداً والآخر ذمياً . . فيتجه تخريجه على التكافؤ في القصاص ، **والصحيح** : أن المرتد يقتل بالذمي دون عكسه ، وتعجب شيخنا في « تصحيح المنهاج » من هـٰذا التخريج ؛ فإن التكافؤ في القصاص ليس مما نحن فيه بسبيل ، ولو اعتبرناه لرفع الحر على العبد والوالد على الولد[3] .

٥٩٨٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٣] : (**ولا يعلّمه كيف يدعي**) أقره عليه النووي في

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/٢٧٦) .
(٢) غير واضحة في النسخ ، ولعل ما أثبت صواب ، والله أعلم .
(٣) انظر « حاشية الرملي » (٤/٣١٠) .

« تصحيحه » ، وفي « أصل الروضة » عن الإصطخري : إذا ادعىٰ دعوىٰ غير محررة . . بين له الدعوى الصحيحة ، وعن غيره المنع ، قال : وتعريف الشاهد كيفية أداء الشهادة علىٰ هٰذين الوجهين ، قال في « العدة » : **والأصح** : الجواز[1] .

٥٩٨٣ـ قوله : (**إذا جلس بين يدي القاضي خصمان . . فله أن يقول لهما : تكلما ، وله أن يسكت حتىٰ يبتدئا**)[2] في قوله : (**تكلما**) تجوّز ، والمراد : ليتكلم المدعي منكما ، كما عبر به « المنهاج » و« الحاوي »[3] ، قال في « أصل الروضة » : وله أن يقول للمدعي إذا عرفه : تكلم[4] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لكن في « الشامل » : أنه لا يقول لأحدهما بعينه تكلم ؛ لأنه كسر للآخر ، قال شيخنا : وهٰذا يعم ما إذا علم القاضي المدعي فقال له : تكلم ، أو قال لواحد : تكلم ولم يعلم أنه المدعي ، وهٰذه لا يوقف في المنع منها ، وأما مع العلم . . فله وجه من الرجحان ، ويوافقه إطلاق الشافعي وغيره : ليتكلم المدعي منكما ، أو ما خطبكما وهنا أمران :

أحدهما : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محل هٰذا : ما إذا لم يكن كل منهما مدعياً ومدعىٰ عليه في قضية واحدة أو قضيتين ، فإن كان . . فيقول تكلما ؛ ولهٰذا عبر به في « الأم » و« المختصر »[5] ، وحمله بعضهم علىٰ أنه يقول ليتكلم المدعي منكما ، قال شيخنا : وعندىٰ كلام الشافعي محمول على الأعم ؛ فإنه قد يكون كل منهما مدعياً ومدعىٰ عليه في قضية واحدة ؛ كما لو اختلف المتعاقدان ، فإن كانا كذلك في قضيتين ولا سابق منهما . . فيقول : ليتكلم واحد منكما برضا الآخر بتقديمه ، فإن لم يتفقا . . أقرع بينهما ، فمن خرجت قرعته . . قال له : تكلم ، قال شيخنا : ولم نر من تعرض لذلك .

ثانيهما : محل ذلك : ما إذا لم يكن سكوتهما لتعب ونحوه ، قال الماوردي : إن كان السكوت للتأهب في الكلام . . أمسك عنهما حتىٰ يتحرر للمتكلم ما يذكر ، وكذا إن كان سكوتهما لهيبة حضرتهما عن الكلام . . توقف حتىٰ تسكن نفوسهما فيتكلما . انتهىٰ[6] .

قال في « أصل الروضة » : ولو خاطبهما بذلك الأمين الواقف علىٰ رأسه . . كان أولىٰ[7] .

---

(١) الروضة (١١/ ١٦٢) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٤) .
(٣) الحاوي (ص ٦٦٣) ، المنهاج (ص ٥٦٢) .
(٤) الروضة (١١/ ١٦٢) .
(٥) الأم (٦/ ٢١٤) ، مختصر المزني (ص ٣٠٢) .
(٦) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ٢٧٩) .
(٧) الروضة (١١/ ١٦٢) .

٥٩٨٤ـ قولهما ـ والعبارة « للمنهاج » ـ : (**فإذا ادعىٰ . . طالب خصمه بالجواب**)[1] زاد « التنبيه » [ص ٢٥٤] : (**وقيل : لا يقول حتىٰ يطالبه المدعي ، وليس بشيء**) وكذا في « أصل الروضة » في التسوية بين الخصمين : أنه ضعيف[2] ، لكن في باب الدعاوىٰ من « الشرح الصغير » : أنه أشبه ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٦٥ ، ٦٦٦] : (**ولزم التسليم ، أو مُرهُ بالخروج عن حقي أو سله جواب دعواي . . طالب بالجواب**) فعلىٰ هـٰذا : طلب الجواب من شروط صحة الدعوىٰ ، وهـٰذا الخلاف في الجواز كما صرح به الماوردي وصاحب « المهذب » وغيرهما ؛ وعلل المنع بأنه حق المدعي ، فلا يستوفىٰ إلا بإذنه ؛ والجواز بقرينة الدعوىٰ[3] .

وقال الرافعي بعد نقل الخلاف فيه : وسواء شرطنا هـٰذا الاقتراح أو لم نشترطه ، لكنه اقترح ، فيمكن أن يقال : يغني ذلك عن قوله : ويلزمه التسليم إليَّ ، قال : والذي شرط ذلك إنما شرطه جواباً علىٰ أنه لا يشترط الاقتراح المذكور[4] .

وأشار « الحاوي » لذلك بلفظة (أو) ، لكن مقتضاه : جواز الاستغناء بالمعطوف عليه عن المعطوف ، وهو خلاف القول باشتراط الطلب في صحة الدعوىٰ .

٥٩٨٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٢] : (**فإن أقر . . فذاك**) عبارة مجملة ، وكأنه أراد بها : ثبوت الحق المدعىٰ به كما صرح به « الحاوي » فقال [ص ٦٦٧] : (**فإن أقر . . ثبت**) **وهو الأصح في** « أصل الروضة » ، ومقابله : أنه لا يثبت بمجرد الإقرار ، ولا بد من قضاء القاضي كالثبوت بالبينة[5] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هـٰذا عندي مقيد بأن يكون الإقرار علىٰ صورة متفق عليها ، فإن كان علىٰ صورة مختلف فيها . . فلا بد من القضاء بالإقرار من أجل الخلاف ، وعبارة « التنبيه » [ص ٢٥٤] : (**وإن أقر . . لم يحكم حتىٰ يطالبه المدعي**) وهي عبارة حسنة .

وفسر بها شيخنا ابن النقيب قول « المنهاج » : (**فذاك**) فقال : فللمدعي أن يطلب من القاضي الحكم عليه ؛ فحينئذ . . يحكم فيقول : أخرج من حقه ، أو كلفتك الخروج منه ، أو ألزمتك ، وما أشبه ذلك[6] .

والذي حمله علىٰ ذلك ؛ كون هـٰذا الكلام بعينه موضوعاً في « أصل الروضة » موضع قوله :

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٤) ، و« المنهاج » (ص ٥٦٢) .
(٢) الروضة (١١/ ١٦٢) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ٢٨٠) ، و« المهذب » (٢/ ٣٠٠) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ١٥٩) .
(٥) الروضة (١١/ ١٦٢) .
(٦) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ٢١٣) .

(**فذاك**) ، واستشكل الرافعي الخلاف المتقدم في الثبوت ؛ لأنه إن كان الكلام في ثبوت الحق المدعىٰ في نفسه . . فمعلوم أنه لا يتوقف على الإقرار ؛ فكيف على الحكم بعد الإقرار ؟ وإن كان المراد المطالبة والإلزام . . فلا خلاف أن للمدعي الطلب بعد الإقرار ، وللقاضي الإلزام[١] .

وأجاب عنه شيخنا في « تصحيح المنهاج » بأن الكلام في ثبوت الحق المدعىٰ به ظاهراً عند القاضي الذي وقعت عنده الدعوىٰ والإقرار من غير أن يقول قضيت عليه ، ولا ثبت عندي الحق عليه .

واعترض في « المهمات » علىٰ قوله : (لا خلاف أن للمدعي الطلب بعد الإقرار) بأن الماوردي قال : له ملازمته بعد الحكم لا قبله[٢] .

٥٩٨٦ـ قولهما : (**وإن أنكر . . فله أن يقول : « ألك بينة ؟ » وله أن يسكت**)[٣] فيه أمور :

أحدها : أن محل قوله : (**ألك بينة ؟** » في غير ما يثبت بالشاهد واليمين ، فإن ثبت بشاهد ويمين . . فيقول : (ألك بينة أو شاهد مع يمينك) فإن علم جهله به . . وجب أن يقول له ، وإلا . . ندب ، ومحله أيضاً فيما إذا لم يكن في جانب المدعي للوث . . فيقول له : أتحلف خمسين يميناً ، وكذا الزوج المدعي علىٰ زوجته الزنا يقول له : أتلاعنها ، ذكر ذلك كله شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : لم أر من تعرض له .

قلت : وقد تناوله قول « الحاوي » [ص ٦٦٨] : (**وإلا . . سكت أو سأل الحجة**) ، وتناول أيضاً كل أمين تقبل دعواه ، فيقول له : أتحلف ؛ لأن المذكورين حجتهم ما ذكرناه من غير توقف على البينة ؛ فهي عبارة حسنة شاملة .

ثانيها : استثني أيضاً منه : القاذف ، فيندب للقاضي أن يبين له الحال من أول الأمر تغليظاً عليه ، فيقول : ألك أربعة من الشهداء يشهدون بالمعاينة ؛ لعله أن يرجع عما ادعاه .

ثالثها : محل السكوت : ما إذا كان المدعي يعلم ذلك الحكم ، فإن جهله . . وجب إعلامه به ، قال في « المطلب » : أفهم كلام « المهذب » قول ذلك للجاهل علىٰ وجه الوجوب[٤] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هو الذي يقتضيه القواعد .

---

(١) في حاشية (ج) : (وإن نظر ناظر إلىٰ وجه ذكرناه في الإقرار : أن الإقرار المطلق لا يكفي للمؤاخذة ، بل يسأل المقر عن سبب اللزوم ، وقال : إذا كان الإقرار المطلق مختلفاً . كان في محل النظر والاجتهاد ، فاعتبر قضاء القاضي علىٰ رأي ، فهـٰذا شيء لا يختص بالإقرار بعد الدعوىٰ في مجلس القاضي ، بل ينبغي أن يطرد في محل الإقرار . هـٰذه تكملة استشكال الرافعي) . انظر « فتح العزيز » (١٢/٤٩٥ ، ٤٩٦) .

(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/٣٠٩) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٤) ، و« المنهاج » (ص ٥٦٢) .

(٤) المهذب (٢/٣٠٠) .

قال في « المهمات » : ومقتضىٰ كلام « النهاية » : أن **الأصح** : أنه يقول للمدعي : ألك بينة مطلقاً سواء كان عالماً أو جاهلاً[1] ، وكلام الماوردي يقتضي أنه مخير بين أن يقول : قد أنكرك فلك بينة ، أو فما عندك ، والأول أولىٰ مع الجهل ، والثاني أولىٰ مع العلم[2] .

رابعها : ظاهره التخيير بينهما ، وليس كذلك ، بل إن علم علمه بذلك . . فالسكوت أولىٰ ، وإن شك . . فالقول أولىٰ ، وإن علم جهله به . . وجب إعلامه كما سبق .

٥٩٨٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٢] : (**فإن قال : « لي بينة وأريد تحليفه » . . فله ذلك**) وهو المراد بقول « التنبيه » [ص ٢٥٤] : (**وإن حضرت البينة لم يطالب بإقامتها**) أي : وله طلب يمين الخصم ، ثم قال بعد ذلك : (**فإن قال المدعي : « لي بينة غائبة » . . فهو بالخيار ، فإن شاء أحلف المدعىٰ عليه ، وإن شاء صبر حتىٰ تحضر البينة**)[3] وقد عرفت أن هـٰذا التخيير لا يختص بما إذا كانت البينة غائبة .

واستثنىٰ منه شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ما إذا ادعىٰ لغيره بطريق الولاية أو النظر أو الوكالة ، أو لنفسه ولكن كان محجوراً عليه بسفه أو فلس ، أو مأذوناً له في التجارة ، أو مكاتباً . . فليس له ذلك في شيء من هـٰذه الصور ؛ لئلا يحلف ثم يرفعه لحاكم يرىٰ منع البينة بعد الحلف ، فيضيع الحق ، إلا أن يكون غير وكيل بيت المال ، ويأذن له موكله في ذلك ، أو يأذن السيد للمأذون له في ذلك ، وكذا الغرماء إن ركبه دين ، أو يأذن السيد للمكاتب ، قال : ولم أر من تعرض لذلك .

قلت : قد يقال : المطالبة متعلقة بالمدعي ، فلا يرفع غريمه إلا لمن يسمع البينة بعد الحلف بتقدير أن لا يفصل أمره عند القاضي الأول ، إلا أن يقال : قد يضطر عند تيسير البينة إلىٰ قاضي بهـٰذه الصفة ؛ لعدم وجود غيره ، والله أعلم .

ولا يرد شيء من ذلك علىٰ قول « الحاوي » [ص ٦٩٠] : (**وتقام البينة عنده**) .

٥٩٨٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٢] : (**أو « لا بينة لي » ، ثم أحضرها . . قبلت في الأصح**) مقتضاه : جريان الوجهين في اقتصاره علىٰ قوله : (**لا بينة لي**) كما لو زاد عليه : (لا حاضرة ولا غائبة) ، وهو الذي **رجحه** في « الشرح الصغير » ، لكن جزم البغوي بأنه كما لو قال : (لا بينة لي حاضرة)[4] حتىٰ يجزم فيها بالقبول كما هو مجزوم به في « الروضة » و« الشرحين » في التقييد

---

(١) نهاية المطلب (١٨/ ٥٧٤) .

(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ٣١٠) .

(٣) التنبيه (ص ٢٥٥) .

(٤) انظر « التهذيب » (٨/ ٢٥٣) .

بالحضور[١] ، فلو قال « المنهاج » : (لا حاضرة ولا غائبة) كما فعل « الحاوي ».. لطابق « الروضة » وأصلها في جعلها محل الوجهين ، وفهمت منه بقية الصور من طريق الأولىٰ .

ثم اعلم : أن شرط الوجه الآخر : أن لا يذكر لكلامه تأويلاً من جهل أو نسيان ، فإن ذكر . . قبل قطعاً ، وشرط شيخنا في « تصحيح المنهاج » لجريان الخلاف أيضاً : أن يكون قائل ذلك مقبول الإقرار ، فلو كان محجوراً . . قبلت البينة بعد ذلك بلا خلاف ، وكذا لو قال ذلك وليٌّ أو وكيل ؛ لأن إقرارهما لا يبطل حق غيرهما .

٥٩٨٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٤] : (**وإن قال المدعىٰ عليه بعد النكول : « أنا أحلف ».. لم يسمع**) **الأصح** : تمكينه من الحلف إذا لم يحكم القاضي به ، أو يقل للمدعي : احلف ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٦٩٠] : (**وقضىٰ بالنكول ، أو قال للمدعي : احلف . . فالمدعي**) فلم ينقل اليمين للمدعي إلا عند وجود أحد الأمرين ، ولو رضي المدعي بتحليفه بعد الحكم بالنكول . . **فالأصح** : أن له أن يعود ويحلف .

٥٩٩٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٤] : (**وإن قال المدعي بعد النكول : أنا أحلف . . لم يسمع ، إلا أن يعود في مجلس آخر ويدعي وينكل المدعىٰ عليه**) قال الرافعي : هو ما أورده العراقيون والروياني والهروي ، والمنع أحسن وأقوىٰ[٢] ، وفي « الشرح الصغير » : إنه **الأظهر** ، وفي « أصل الروضة » : إنه **الأصح**[٣] ، **وعليه يدل قول « الحاوي »** [ص ٦٩١] : (**ونكول المدعي كحلف الخصم**) .

٥٩٩١ـ قولهم ـ والعبارة « للمنهاج » ـ : (**وإذا ازدحم خصوم . . قُدِّم الأسبق**)[٤] فيه أمور :

أحدها : قال في « أصل الروضة » : الاعتبار بسبق المدعي دون المدعىٰ عليه ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ليس كذلك ، بل لا بد أن يسبق المدعي وخصمه ، فلو سبق المدعي وتأخر خصمه ثم جاء مدع آخر مع خصمه ثم حضر خصم الآخر . . فإنه يقدم المدعي الذي حضر خصمه قبل حضور خصم الآخر .

ثانيها : تقديم الأسبق واجب كما هو مقتضىٰ نص « الأم » و« المختصر » ، ولفظه : (لا يقدم رجلاً جاء قبله غيره)[٥] ، وصرح الماوردي بعدم جوازه[٦] ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » :

---

(١) فتح العزيز (١٢/ ٤٩٦) ، الروضة (١١/ ١٦٣) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ١٨٢) .
(٣) الروضة (١٢/ ٤٦) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٣) ، و« الحاوي » (ص ٦٦١) ، و« المنهاج » (ص ٥٦٢) .
(٥) الأم (٦/ ٢١٤) ، مختصر المزني (ص ٣٠٢) .
(٦) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ٢٨٩) .

وهو مقيد بما إذا تعين على القاضي فصل الخصومات ، فإن لم يتعين عليه . . فله أن يقدم من شاء كما صرحوا به في المدرس في العلم الذي لا يجب تعليمه ، وفي « أصل الروضة » عن الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب وغيرهما : أن القاضي إذا لم يكن له رزق من بيت المال فقال للخصمين لا أقضي بينكما حتىٰ تجعلا لي رزقاً ، فجعلا له رزقاً . . جاز ، قال : وهـٰذا نحو ما نقل الهروي : أن القاضي إذا لم يكن له رزق من بيت المال ، وهو محتاج ، ولم يتعين عليه القضاء . . أن له أن يأخذ من الخصم أجرة عمله[1] ، قال شيخنا : وقضية هـٰذا : أن له تقديم من جعل له الرزق وإن كان مسبوقاً .

ثالثها : استثنىٰ شيخنا في « تصحيح المنهاج » من تقديم السابق : ما إذا كان كافراً . . فلا يقدم على المسلمين ، قال : وهـٰذا لا توقف فيه ، ولم أر من تعرض له .

٥٩٩٢ـ قولهم ـ والعبارة « للمنهاج » ـ : (**فإن جُهِل أو جاؤوا معاً . . أُقرع**)[2] محله : ما إذا لم يعسر ، فإن كثروا وعسر الإقراع . . كتب أسماءهم في رقاع ، ووضعت بين يديه ؛ ليأخذ واحدة واحدة ، فيسمع دعوىٰ من خرج اسمه[3] .

٥٩٩٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٣] : (**فإن كان فيهم مسافرون . . قدمهم ، إلا أن يكثروا . . فلا يقدمهم**) قيده « المنهاج » و« الحاوي » بأن يكونوا مستوفزين[4] ، وفسره في « أصل الروضة » بقوله : قد شدوا الرحال ليخرجوا ، ولو أخروا . . لتخلفوا عن رفقتهم[5] ، واستثنى « المنهاج » أيضاً : ما إذا كثروا[6] ، ولم يبينا حد الكثرة ، ومثله بعضهم : بأن يكونوا مثل المقيمين أو أكثر كالحجيج بمكة ، وأهمله « الحاوي » .

٥٩٩٤ـ قول « الحاوي » [ص ٦٦١] : (**ثم المرأة**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٥٦٢] : (**ونسوة**) لإفادته أنه إذا اجتمع مسافر وامرأة . . قدمت المرأة ، ولم يتعرض « التنبيه » لتقديم المرأة ، وعبارة « أصل الروضة » : لو كان في الحاضرين نسوة ورأى القاضي تقديمهن لينصرفن . . قدمهن **على الصحيح** ، بشرط أن لا يكثرن ، وتقديم المسافر والمرأة رخصة غير واجب **على الصحيح** ، ومنهم من يشعر كلامه بالوجوب ، واختار النووي أنه مستحب لا يقتصر به على

---

(١) الروضة (١١/ ١٤٢ ، ١٤٣) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٣) ، و« الحاوي » (ص ٦٦١) ، و« المنهاج » (ص ٥٦٢) .

(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ٢١٤) .

(٤) الحاوي (ص ٦٦١) ، المنهاج (ص ٥٦٢) ، **المستوفز** : المستعجل ، والوفزة : العجلة . انظر « لسان العرب » (٥/ ٤٣٠) .

(٥) الروضة (١١/ ١٦٤) .

(٦) المنهاج (ص ٥٦٢) .

الإباحة ، قال في « أصل الروضة » : وينبغي أن لا يفرق بين أن يكون المسافر والمرأة مدعياً أو مدعىً عليه[1] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو ممنوع ، بل هو مختص بالمدعي ؛ لأن الدعوىٰ له ، وظاهر كلامهم أنه لا تقديم بغير ذلك ، لكن ذكر الماوردي : أن القاضي يقدم المريض المسبوق الذي يستضر بالصبر إن كان مطلوباً ، ولا يقدمه إن كان طالباً ؛ لأن المطلوب مجبور والطالب مخير[2] .

٥٩٩٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٣] : (**ولا يقدم السابق في أكثر من حكومة**) كذلك من خرجت له القرعة ؛ ولهٰذا قال « المنهاج » [ص ٥٦٢] : (**ولا يقدم سابقٌ ولا قارعٌ إلا بدعوىٰ**) وخرج به المقدم بالسفر ، فقال الرافعي : يحتمل أن لا يقدم إلا بدعوىٰ ، ويحتمل أن يقدم بجميع دعاويه ، ويحتمل أن يقال : إذا عرف أن له دعاوىٰ . . فهو كالمقيم ؛ لأن البعض لا يفيده والكل يضر غيره[3] .

وقال النووي : **الأرجح** : إن كانت قليلة أو خفيفة بحيث لا تضر بالباقين إضراراً بيناً . . قدم بجميعها ، وإلا . . فيقدم بواحدة ؛ لأنها مأذون فيها ، وقد يقنع بواحدة ويؤخر الباقي إلىٰ أن يحضر[4] .

قال في « المطلب » : **وقياس ما ذكره** : أن يقدم بما لا يضر كما له أن يستوفيه ، وعبارة « الحاوي » [ص ٦٦١] : (**وقدم المسافر المستوفز ، ثم المرأة ، ثم السابق ، ثم بالقرعة بخصومةٍ**) وظاهره عود التقييد إلىٰ جميع الصور ، ولا يصح حمله على الأخيرة فقط ؛ لأن السابق كذلك بلا شك .

٥٩٩٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٢] : (**ولا يتخذ شهوداً مرتين لا يقبل غيرهم**) ظاهره الكراهة ؛ لعدّه في الآداب وعطفه علىٰ قوله : (**ولا يتخذ حاجباً**)[5] ، وهو وجه في « الكفاية » ، لكن جزم في « المنهاج » بالتحريم[6] ، وهو المذكور في « الروضة » وأصلها[7] .

٥٩٩٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٢] : (**وإذا شهد شهودٌ فعرف عدالةً أو فسقاً . . عمل به**) و« الحاوي » [ص ٦٧٥] : (**واستزكىٰ إن شك**) و« التنبيه » [ص ٢٥٥] : (**وإن جهل عدالتهم . . سأل**)

---

(١) الروضة (١١/ ١٦٤) .

(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ٢٩٠) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٤٩٨) .

(٤) انظر « الروضة » (١١/ ١٦٥) .

(٥) التنبيه (ص ٢٥٢) .

(٦) المنهاج (ص ٥٦٢) .

(٧) فتح العزيز (١٢/ ٥٠٠) ، الروضة (١١/ ١٦٧) .

محل الاكتفاء في التعديل بعلمه : في غير أصله وفرعه ، وفيهما وجهان في « أصل الروضة » بلا ترجيح .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأرجح** عندنا تفريعاً علىٰ أنه لا يقبل تزكيته لأصله ولا فرعه كما هو الصحيح في زيادة « الروضة »[(١)] : أنه لا يجوز أن يحكم بشهادة أصله ولا فرعه إذا علم عدالته ولم يقم عنده بينة بها .

٥٩٩٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٤] : (**فإن شهدوا وكانوا فساقاً . . قال للمدعي : « زدني في الشهود »**) قال في « الكفاية » : ظاهره أنه يصغي لسماع شهادتهم وإن علم فسقهم قبل الأداء ، وقد توجه : بأنه لو منعهم . . لكان هتكاً ، لكن الذي **صححه** الرافعي والنووي : أنه لا يصغي إليهم[(٢)] .

٥٩٩٩ـ قولهم ـ والعبارة لـ « المنهاج » ـ : (**أن يكتب ما يتميز به الشاهد والمشهود له وعليه**)[(٣)] فيه أمران :

أحدهما : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : الواجب طلب بيان عدالة الشاهد ؛ ليرتب الحكم علىٰ شهادته بالطريق المعتبرة عنده ، وسواء طلب البيان بهٰذا الطريق أم بغيره ، وفي « النهاية » : لا يستريب فقيه في أن كتابة ذلك ليس أمراً مستحقاً ، فلو اتفق الهجوم على السؤال لفظاً . . لما امتنع ، غير أن الأحسن **ما** قدمناه ، وإن لم يكن في زمن الماضين . . لخبث الزمان[(٤)] .

ثانيهما : قال شيخنا أيضاً : كتابة المشهود له وعليه [ليس من الواجب في الاستزكاء][(٥)] وإن ذكره الشافعي رضي الله عنه والأصحاب ، وفي « المطلب » : أن اعتباره لينجز الحكم ، ولا يقف على استكشاف عداوة ولا قرابة ولا شركة تمنع من قبول الشهادة ، وإلا . . فذاك ليس من أمر الاستزكاء في شيء ، حتىٰ لو أغفله وثبتت العدالة . . بقي على القاضي النظر فيما وراء التعديل[(٦)] .

٦٠٠٠ـ قول « الحاوي » [ص ٦٧٦] : (**وقدر المال**) أحسن من قول « التنبيه » [ص ٢٥٥] و« المنهاج » [ص ٥٦٢] : (**وقدر الدين**) لشموله الأعيان ، ومع ذلك فلو قال : (وما شهدوا به) . . لكان أعم ؛ ليتناول النكاح والقتل وغيرهما ، وقول « المنهاج » [ص ٥٦٢] : (**على الصحيح**) يقتضي أن الخلاف وجهان ، مع أن الأول منصوص « الأم » و« المختصر » ، ويقتضي ضعف مقابله مع أنه قوي ، وفي « النهاية » : الذي ذهب إليه معظم الأئمة أنه احتياط وليس باشتراط ؛ فإن العدل

---

(١) الروضة (١١/ ١٧٢) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٣٣) ، و« الروضة » (١١/ ٢٤٢) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٥) ، و« الحاوي » (ص ٦٧٦) ، و« المنهاج » (ص ٥٦٢) .
(٤) نهاية المطلب (١٨/ ٤٩١) .
(٥) في (ج) : (ليس من الواجب إلا في الاستزكاء) ، وفي (د) : (ليس من الاستزكاء) .
(٦) انظر « حاشية الرملي » (٤/ ٣١٣) .

في اليسير عدل في الكثير[1] ، وقال الغزالي : إنه **الأشهر**[2] ، **وصححه** صاحبا « المرشد » و« روضة الحكام » .

٦٠٠١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٢] : (**ويبعث به مزكياً**) كذا بخط النووي ، وصوابه : (إلىٰ مزك) كما في « المحرر »[3] ، والمبعوث إنما هم أصحاب المسائل ؛ ولذلك قال « التنبيه » [ص ٢٥٥] : (**ويدفعها إلىٰ أصحاب المسائل**) وقد قال « المنهاج » عقبه [ص ٥٦٢] : (**ثم يشافهه المزكي بما عنده**) فإن أراد المبعوث أولاً . . لم يطابق كلام « المحرر » ولا كلام الأصحاب ، وإن أراد غيره . . لزم عليه لتسميته الأول مزكياً اتحاد المبعوث والمبعوث له ، وعبارة « أصل الروضة » : ويكتب إلىٰ كل مزك كتاباً ، ويدفعه إلىٰ صاحب مسألة ، ثم قال : وهل الحكم بقول المزكين أم بقول أصحاب المسائل ؟ وجهان ، **صحح** الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وغيرهما الثاني ، قال ابن الصباغ : وهـٰذا وإن كان شهادة علىٰ شهادة فتقبل للحاجة ؛ أي : مع كون شهود الأصل في البلد ؛ لأن المزكي لا يلزمه الحضور فعلىٰ هـٰذا لا بد من اثنين من أصحاب المسائل ، وعلى الأول يكفي واحد[4] ، وحاول الرافعي نفي الخلاف فقال : إن ولي صاحب المسألة الجرح والتعديل . . فالحكم مستند إليه وحده ، وإن أمره بالبحث ، فبحث وشهد بما عرف . . استند إليه أيضاً ، لكن يشترط هنا العدد ، وإن أمره بمراجعة مزكين وإعلامه بما قالاه . . استند إليهما لا إليه ، فليحضرا وليشهدا ، ولا يشهد علىٰ شهادتهما ؛ لأن الفرع لا يقبل مع حضور الأصل . انتهىٰ بمعناه[5] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ومقتضىٰ كلامه في التنكير والتعريف : أنه يكتفي في البعث والتزكية بواحد ، وهو خلاف نص « الأم » و« المختصر » وما عليه الأصحاب ، وعبارة الشافعي رضي الله عنه : (ولا يقبل تعديله إلا من اثنين ، ولا المسألة عنه إلا من اثنين)[6] ولهـٰذا عبر « التنبيه » بأصحاب المسائل كما تقدم : ثم قال : (**واقلهم اثنان**)[7] .

٦٠٠٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٥] : (**فإن عادوا بالتعديل . . أمر من عدلهم في السر أن يعدِّلهم في العلانية**) هـٰذا علىٰ سبيل الوجوب أو الاستحباب ؟ فيه خلاف في « الكفاية » ، **وصحح** كلاً منهما طائفة ، **وصحح** الماوردي والروياني : الاستحباب إن كان مشهوراً بين الناس بما يتميز به في الاسم

---

(١) نهاية المطلب (١٨/٤٩٢) .
(٢) انظر « الوسيط » (٧/٣١٨) .
(٣) المحرر (ص ٤٨٩) .
(٤) الروضة (١١/١٦٩) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٢/٥٠٣) .
(٦) الأم (٦/٢٠٥) ، مختصر المزني (ص ٣٠٠) .
(٧) التنبيه (ص ٢٥٥) .

والنسب ، والإيجاب في غيره ، وقوله : (**كما عدلهم سراً**)[1] ، قال في « الكفاية » : ظاهره إعادة التزكية ، وهو ظاهر كلام الشافعي ، وصرح القاضي أبو الطيب والماوردي والبندنيجي وغيرهم بأن المراد به : جمع المزكي والمعدلين ، ويقول للمزكي : هٰؤلاء هم الذين سئلت عنهم وزكيتهم ، فيقول : نعم ، أو نحوه ، قال القاضي الحسين : ويشترط في التزكية سؤال القاضي عنها ، فلو عدل من غير سؤال . . لم يصغ القاضي لقوله ؛ لأن التعديل حسبة لا يسمع .

وفي « أصل الروضة » قبيل القضاء على الغائب : تقبل شهادة الحسبة على العدالة والفسق ؛ لأن البحث عن حال الشهود ومنع الحكم بشهادة الفاسق حق لله تعالىٰ[2] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : الذي اشتهر عند الأصحاب ترجيح ما ذهب إليه الإصطخري وغيره من أن الحكم إنما هو مستند إلىٰ شهادة أصحاب المسائل عند الحاكم بالتزكية ، وقال أبو إسحاق : إنما يحكم الحاكم بتزكية المزكين الذين يسألهم أصحاب المسائل .

٦٠٠٣ـ قولهم ـ والعبارة لـ « المنهاج » ـ : (**شرطه خبرة باطن من يعدله**)[3] قال في « الكفاية » : أي في وقت الأداء أو قريباً منه ، كما قال الشافعي رضي الله عنه ، قال : وهٰذا في المعدلين ، أما أصحاب المسائل إذا اكتفينا بتعديلهم كما هو الصحيح . . فلا يشترط أن يكونوا من أهل الخبرة الباطنة ، قال الماوردي : ولا يسألهم الحاكم من أين علمتم الجرح والتعديل[4] ، وكلام ابن الصباغ قريب منه ، وكذا قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إن الذي اشتهر عند الأصحاب ترجيح إسناد الحكم إلىٰ شهادة أصحاب المسائل عند الحاكم بالتزكية مع أن أصحاب المسائل لا يخبرون باطن من يعدلونه ، وقال : إن الذي في « المنهاج » إنما يجيء علىٰ وجه أبي إسحاق أن التزكية من المزكين الذين يسألهم أصحاب المسائل .

قلت : بتقدير ترجيح الأول . . فقد صار أصحاب المسائل يخبرونهم الخبرة الباطنة ببحثهم وتنقيبهم عنه وإن لم يطل الزمان في ذلك ، وقد قال الرافعي : إن ظاهر لفظ الشافعي اعتبار التقادم في المعرفة الباطنة ، ثم قال : ويشبه أن شدة الفحص كالتقادم ، فليس ذكر التقادم للاشتراط ، بل لكون الغالب أن الباطن لا يعرف إلا به[5] .

٦٠٠٤ـ قولهم ـ والعبارة لـ « المنهاج » ـ : (**وأنه يكفي : « هو عدل » ، وقيل : يزيد : « عليَّ**

---

(١) التنبيه (ص ٢٥٥) .
(٢) الروضة (١١/ ١٧٤) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٥) ، و« الحاوي » (ص ٦٧٢) ، و« المنهاج » (ص ٥٦٢) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ١٨٨) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٥٠٤) .

ولي »)[1] نص في « الأم » و« المختصر » على الثاني ، ولفظه : (ولا يقبل التعديل إلا بأن يقول : عدلٌ عليّ ولي)[2] ، وقال في « الشامل » : قال أكثر أصحابنا بظاهر لفظه ، وفي « أصل الروضة » : أن الأولين تأولوه ، وجعلوه تأكيداً لا شرطاً[3] .

ورجح شيخنا في « تصحيح المنهاج » : أن المعنىٰ في هٰذه الزيادة تعميم تعديله وانتفاء تخصيص عدالته بشيء دون شيء ، قال : وعلىٰ هٰذا : فلو قال : عدل لا تختص عدالته بشيء دون شيء.. كان ذلك كافياً ؛ لتصريحه بالمقصود من : (عليّ ولي) ، قال : وقد يكون بينه وبين المعدّل عداوة تمنع من قبول شهادته عليه.. فلا ينبغي أن يلزم المعدّل أن يقول : (عليّ) لوجود العداوة المانعة من قبول قوله عليه ، ولو قال المعدل ذلك علىٰ قصد التعميم.. لم يكن ذلك مقتضياً لانتفاء العداوة بينه وبينه .

وقال شيخنا ابن النقيب : ينبغي إن لاحظنا ما بين الشاهد والمزكي.. اتجه اشتراط : (لي) فقط ، أو ما بينه وبين المشهود له من قرابة.. اتجه اشتراط : (له) فقط ، ويشير إليه أو يسميه ، وإن لوحظ الاحتياط.. اشترط : (لي وللمشهود له وعلى المشهود عليه) . انتهىٰ[4] .

٦٠٠٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٥] : (**ولا يقبل الجرح إلا مفسراً**) و« المنهاج » [ص ٥٦٢] : (**ويجب ذكر سبب الجرح**) يقتضي أنه لا يجعل بذكر الزنا قاذفاً ، وهو كذلك للحاجة كالشاهد ، لكن لو لم يوافقه غيره.. فقال الرافعي : ليكن كما لو شهد ثلاثة بالزنا في كونهم قذفة قولان[5] ، قال النووي . **والمختار بل الصواب** : أنه غير قاذف هنا وإن انفرد ؛ لأنه مسؤول ، فهو في حقه فرض كفاية أو عين ، بخلاف شهود الزنا ؛ فإنهم مندوبون إلى الستر ، فهم مقصرون[6] .

وفي « المهمات » : أن ما ذكره النووي هو المعروف في المذهب ، وكيف يجتمع وجوب ذكر الزنا ووجوب الحد عليه ؟ وفرق الماوردي بين أصحاب المسائل ، فلم يجعلهم قذفة ، والجيران إذا لم يكمل بهم النصاب ، فجعلهم قذفة ؛ لأن أصحاب المسائل ندبوا للإخبار بما سمعوه ولم تندب الجيران إليه[7] .

واستحسنه شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : إنه المعتمد ، لكنه ذكر أن محل إيجاب ذكر

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٥) ، و« الحاوي » (ص ٦٧٦) ، و« المنهاج » (ص ٥٦٢) .
(٢) الأم (٦/ ٢٠٥) مختصر المزني (ص ٣٠٠) .
(٣) الروضة (١١/ ١٧٣) .
(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ٢١٨) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٥٠٥) .
(٦) انظر « الروضة » (١١/ ١٧١) .
(٧) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ١٩٢) .

سبب الجرح في غير أصحاب المسائل ، فلا يجب علىٰ أصحاب المسائل ، فيقال عليه إذا ندبوا لذلك ولم يخشوا حد القذف ، فهم أولىٰ من غيرهم بوجوب بيان السبب ، وهل يشترط ذكر رؤية السبب أو سماعه ؛ بأن يقول : رأيته يزني أو سمعته يقذف ؟ وجهان ، **أشهرهما** : نعم ، **وأقيسهما** : لا .

واعلم : أن الجرح الذي ليس مفسراً وإن لم يقبل يفيد التوقف عن الاحتجاج به إلىٰ أن يبحث عن ذلك الجرح ، ذكره ابن الصلاح والنووي في الرواية ، ولا فرق بين الرواية والشهادة في ذلك فيما يظهر .

٦٠٠٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٢] : (**وتُعتمد فيه المعاينة أو الاستفاضة**) حمله شيخنا في « تصحيح المنهاج » علىٰ غير أصحاب المسائل ، فأما هم . . فإنما يعتمدون المزكين .

٦٠٠٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٥] : (**فإن عدله اثنان وجرحه اثنان . . قدم الجرح**) قال في « المنهاج » [ص ٥٦٢] : (**فإن قال المعدل : « عرفت سبب الجرح وتاب منه وأصلح » . . قدم**) وفي « الكفاية » استثناء صورة أخرىٰ ، وهي : ما لو جرحه اثنان ببلد ثم انتقل لأخرىٰ فعدله اثنان ، ثم قال : كذا أطلقوه ، وينبغي أن يخص بما إذا تخللت مدة الاستبراء .

٦٠٠٨ـ قول « الحاوي » [ص ٦٧٥] : (**لا إن أقر الخصم بعدالته**) أي : فإنه لا يجب الاستزكاء ، تبع فيه « الوجيز »[1] ، لكن قال في « المنهاج » [ص ٥٦٢] : (**والأصح : أنه لا يكفي في التعديل قول المدعىٰ عليه : « هو عدلٌ وقد غَلِط »**) وهو يقتضي أن مقابله الاكتفاء بذلك في التعديل ، ولم يقم به أحد ، وإنما مقابله الاكتفاء به في الحكم على المدعىٰ عليه بذلك .

ثم محل الخلاف : ما إذا كان المدعىٰ عليه أهلاً للإقرار بالحق المدعىٰ به ، فإن كان سفيهاً أو عبداً أو وكيلاً . . لم يكن لكلامه أثر بلا خلاف .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وقوله : (**وغلط**) لا يحتاج إليه ، بل اعترافه بعدالته يقتضي جريان الوجهين وإن لم نقل : غلط .

قلت : ذكر ذلك إنما هو تصوير للمسألة ؛ بأن يكون مع اعترافه بعدالة الشاهدين باقياً على الإنكار ، والله أعلم .

٦٠٠٩ـ قول « الحاوي » [ص ٦٧٦] : (**فإن ارتاب . . فليستفصل**) فيه أمران :

أحدهما : أن ظاهره وجوب ذلك ، وكذا قال الإمام والغزالي[2] ، لكن عامة الأصحاب علىٰ أنه

---

(١) الوجيز (٢/٢٤١) .

(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٨/٤٨١) ، و« الوجيز » (٢/٢٤١) .

مستحب[1] ، وقد صرح به « التنبيه » فقال [ص ٢٥٤] : (**فإن كانوا عدولاً وارتاب بهم . . استحب أن يفرقهم**) .

ثانيهما : ظاهر كلامهما تقديم التزكية على الاستفصال ، وكذا قال الغزالي[2] ، **والمشهور** عكسه ، وهو الذي حكاه الرافعي عن أصحابنا العراقيين وغيرهم ، وقال : إنه الوجه ، وظاهر كلام الأصحاب رد شهادتهم إذا اختلف كلامهم ، وبه صرح الماوردي ، وعليه يدل قول الرافعي : في تعليل تقديم التفريق على الاستزكاء : فإنه إن اطلع علىٰ عورة . . استغنىٰ عن الاستزكاء والبحث . انتهىٰ[3] .

وقد يقال : يمكن حمل الاختلاف في الكيفية على الغلط في ذلك ، فيقضي القاضي بالقدر المشترك الذي وقعت به الشهادة ، ولا يضر الاختلاف ؛ ويؤيده أن القاضي يقضي مع الريبة ، والله أعلم .

٦٠١٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٥] : (**وإن عاد أحدهما بالتعديل والآخر بالجرح . . أنفذ آخرين**) قال في « الكفاية » : وفي « المهذب » تبعاً للماوردي الاكتفاء بواحد[4] ، واستحسنه ابن يونس ، والذي أورده القاضي أبو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ الأول .

٦٠١١ـ قوله : (**فإن جهل إسلامهم . . رجع فيه إلىٰ قولهم**)[5] كذا في « أصل الروضة » هنا[6] ، لكن فيها في الردة : أن الكافر إذا قال : أسلمت . . لا يحكم بإسلامه حتىٰ يتلفظ بالشهادتين ؛ لأنه قد يسمي دينه الذي عليه إسلاماً[7] .

قال شيخنا الإسنوي في « التنقيح » : ولا أثر لكونه غير محقق الكفر ؛ لأن المطالبة لاحتمال أن يكون كافراً ، وبتقدير هـٰذا الاحتمال لا يفيد قوله : إني مسلم .

* * *

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٢/٥٠٩) .
(٢) انظر « الوجيز » (٢/٢٤١) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٢/٥٠٩) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/١٩٠) ، و« المهذب » (٢/٢٩٦) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٥) .
(٦) الروضة (١١/١٦٨) .
(٧) الروضة (١٠/٨٥) .

بابُ القضاء على الغائب

٦٠١٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٣] : (**هو جائز إن كان عليه بينة**) يوهم جواز الدعوىٰ على الغائب وإن لم يكن عليه بينة ، وليس كذلك ، فكان ينبغي أن يعتبر ذلك في صحة الدعوىٰ ؛ ولهـٰذا قال « المحرر » : (**وينبغي أن يكون للمدعي على الغائب بينة**)[١] و« التنبيه » [ص ٢٥٥ ، ٢٥٦] : (**وإن ادعىٰ علىٰ غائب وله بينة . . سمعها الحاكم**) و« الحاوي » [ص ٦٧٧] : (**وعلىٰ غائب** ـ أي : حكم ـ **كسماع الدعوىٰ والبينة**) فصرح بالأمور الثلاثة ، علىٰ أن شيخنا في « تصحيح المنهاج » قد نازع في اشتراط ذلك في صحة الدعوىٰ ، وقال : الدعوىٰ صحيحة بدونه ، ولكن لا يحكم القاضي إلا أن يستند قضاؤه إلى الحجة المعتبرة من شاهدين أو شاهد ويمين أو علم القاضي ، ولو ادعىٰ ولا بينة له في علمه ثم اطلع عليها ، أو ولا في الباطن ثم حدثت بشهادة على الغائب . . فقد صدرت صحيحة ، فإذا قامت البينة عند القاضي . . حكم بها ، ولو سافر القاضي بعد الدعوىٰ إلىٰ بلد الخصم التي هي في علمه والمدعي معه ، فأخبره بالدعوىٰ ، فأقر أو أنكر . . فصل القاضي بينهما بتلك الدعوى المتقدمة ، قال : وقد يتصور في الإرسال والنكول ورد اليمين ما يقتضي أن القاضي يقضي بحلف المدعي يمين الرد مع غيبة المدعىٰ عليه ، ولم أر من ذكره ، وفيه نظر[٢] .

قلت : هـٰذا كله بعيد ، والقاضي إنما يشتغل بالمهمات الناجزة ، وليس منها سماع الدعوىٰ علىٰ غائب بلا بينة ؛ لاحتمال حدوث شيء مما ذُكِرَ ، والدعوىٰ ليست مما يفوت ، فإذا وجدت الحجة . . أوجد الدعوىٰ ، لكن قد يرد على اقتصار « التنبيه » و« المنهاج » على البينة : الشاهد واليمين ، وقد ذكره « الحاوي »[٣] ، وقد يقال : هو داخل في مسمى البينة .

نعم ؛ يرد عليهم جميعاً : علم القاضي إن سوغنا الحكم به ؛ فكان ينبغي التعبير بالحجة .

٦٠١٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٣] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٦٧٧] : (**فإن قال : هو مقر . . لم تسمع بينته**) محله فيما إذا كان مراده إقامة البينة ليكتب القاضي به إلىٰ حاكم بلد الغائب ، فأما إذا كان للغائب مال حاضر وأراد إقامة البينة علىٰ دينه ليوفيه القاضي . . فإن القاضي يسمع بينته ويوفيه ، سواء قال : هو مقر أو جاحد ، حكاه في « أصل الروضة » عن « فتاوى القفال »[٤] .

وزاد عليه شيخنا في « تصحيح المنهاج » صورة أخرىٰ ، وهي : ما إذا كانت بينته شاهدة

---

(١) المحرر (ص ٤٩٠) .

(٢) انظر « حاشية الرملي » (٤/٣١٦) .

(٣) الحاوي (ص ٦٧٧) .

(٤) الروضة (١١/١٧٥) .

بالإقرار . . فإنه يقول عند إرادة مطابقة دعواه ببينته : أقر لي فلان بكذا ولي بينة بذلك ، ثم قال : فإن قيل : لم يقل : هو مقر الآن بخلاف صورة القفال . . قلنا : قوله : (أقر) يقتضي دوام الإقرار ؛ لأن الأصل بقاء الإقرار ، لكنه ضمني ؛ فيغتفر في الضمني ما لا يغتفر في الاستقلالي .

ثم استثنىٰ شيخنا أيضاً : من لا يقبل إقراره لسفه ونحوه . . فلا يمنع قوله : هو مقر من سماع بينة المدعي ، وكذا المفلس يقر بدين معاملة بعد الحجر . . فإنه لا يقبل في حق الغرماء ، فلا يضر قول المدعىٰ عليه في غيبته أنه مقر ؛ لأن إقراره لا يؤثر فيما يقصد له الدعوىٰ ، وهو المضاربة ، وكذا لو قال : هـٰذه الدار لزيد بل لعمرو ، فادعاها عمرو في غيبته ليقيم بينة . . لا يضره قوله : وهو مقر ؛ لأن إقراره غير مؤثر في القصد الذي وقعت به الدعوىٰ ، قال : ويتصور نحو ذلك في الرهن والجناية ، ولم أر من تعرض لذلك .

ثم قال شيخنا المذكور : لو قال : هو مقر ولست آمن أن يجحد . . سمع بينته وحكم بها **على الأرجح** ، بل ولو لم يقل : ولست آمن أن يجحد **على الأشبه** ؛ لاحتمال الجحود ، ولو قال : هو مقر ولكنه ممتنع . . سمع بينته أيضاً ، وحكم بها ، وهو قريب من منزع القفال في الصورة السابقة .

٦٠١٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٣] : **(وإن أطلق . . فالأصح : أنها تسمع)** تبع فيه « المحرر »[١] ، وكذا رجحه في « الشرح الصغير » ، ولم يحكه في « الكبير » إلا عن ميل الإمام ، **وصححه** في « أصل الروضة »[٢] ، وذكر ابن الرفعة أن ميل الأكثرين إلىٰ مقابله .

واستثنى الغزالي من الخلاف : ما لو اشترىٰ شيئاً فخرج مستحقاً والبائع غائب . . فتسمع بينته وإن لم يدع الجحود بلا خلاف ؛ لأن تقدم البيع منه كالجحود[٣] ، وقال الإمام : إنه لا مراء فيه[٤] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ويحتمل أن يطرقه خلاف ؛ لأنه قد يكون مبطلاً ، فيعترف بالحق ، ولا يكون تقدم البيع منه لجحوده ، ولكن هـٰذا بعيد .

٦٠١٥ـ قوله : **(وأنه لا يلزم القاضي نصب مسخر يُنكر عن الغائب)**[٥] تبع في ترجيحه « المحرر »[٦] ، وكذا صححه في « الشرح الصغير » ، لكنه في « الروضة » وأصلها لم يحك تصحيحه إلا عن البغوي ؛ وعلل بأن الغائب قد يكون مقراً فيكون إنكار المسخر كذباً ، قال

---

(١) المحرر (ص ٤٩٠) .
(٢) فتح العزيز (١٢/ ٥١١) ، الروضة (١١/ ١٧٥) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٥٠٢) .
(٣) انظر « الوسيط » (٧/ ٣٢٣) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٥٠٢) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٣) .
(٦) المحرر (ص ٤٩٠) .

الرافعي : ومقتضىٰ هـٰذا التوجيه : أنه لا يجوز نصب المسخر ، قال : ولكن الذي أورده أبو الحسن العبادي وغيره أنه مخير بين النصب وعدمه[1] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : من ذكر الخلاف في اعتبار دعوى الجحود لا يشترط نصب مسخر ينكر عن الغائب ، وإنما يحكي الخلاف في اشتراطه من تحريم باعتبار دعوىٰ جحوده ؛ فالجمع بينهما في الخلاف غير موجود في كتب الأصحاب .

٦٠١٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٦] : (**وحكم بها ، وحلّف المدعي**) قد يوهم تأخر الحلف عن الحكم ، وليس كذلك ، والواو لا تدل علىٰ ترتيب ، وقد أفصح « المنهاج » بالمقصود فقال [ص ٥٦٣] : (**ويجب أن يحلفه بعد البينة**) أي : بعد إقامتها وتعديلها كما صرح به في « أصل الروضة »[2] ، لكن قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : يمكن أن يتخرج جوازه بعد سماعها وقبل تعديلها على الخلاف في جواز الحبس بشهادة الشاهدين قبل تعديلهما ، **والأصح** : الحبس ، فينبغي أن يكون الأصح هنا : الجواز ، ونظيره سماع بينة الداخل بعد إقامة الخارج البينة وقبل تزكيتها ، وعبارة « الحاوي » [ص ٦٧٧] : (**إن حلف**) فدل جعله شرطاً علىٰ تقدمه ، وهي أحسن من تعبير « المنهاج » لكونه ذكر ذلك بعد البينة وشاهد ويمين ، وقد لا تتناول عبارة « المنهاج » الشاهد واليمين كما تقدم .

٦٠١٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٣] : (**أن الحق ثابت في ذمته**) و« التنبيه » [ص ٢٥٦] : (**أنه لم يبرأ إليه منه ولا من شيء منه**) هو أقل ما يكفي في اليمين ، والأكمل ما ذكره في « أصل الروضة » : أنه ما أبرأه من الدين الذي يدعيه ولا من شيء منه ، ولا اعتاض ، ولا استوفىٰ ، ولا أحال عليه هو ولا واحد من جهته ، بل هو ثابت في ذمة المدعىٰ عليه يلزمه أداؤه ، ثم قال : ويجوز أن يقتصر ، فيحلفه علىٰ ثبوت المال في ذمته ووجوب تسليمه[3] .

ولذلك خير « الحاوي » بينهما فقال [ص ٦٧٧] : (**أنه في ذمته أو بنفي نحو الإبراء**) وظاهره الاكتفاء بنفي نحو الإبراء مع أنه لا بد عند إرادة البسط من التصريح بنفي كل مسقط .

ويرد عليهم جميعاً : أنهم لم يذكروا وجوب التسليم ، وقد ذكره في « الروضة »[4] ، ولا بد منه ؛ فإنه قد يكون ثابتاً في ذمته ولا يجب تسليمه لتأجيل ونحوه ، وفي « المهمات » أنه مشكل من وجهين :

---

(١) فتح العزيز (١٢/ ٥١٢) ، الروضة (١١/ ١٧٥) .

(٢) الروضة (١١/ ١٧٦) .

(٣) الروضة (١١/ ١٧٦) .

(٤) الروضة (١١/ ١٧٦) .

أحدهما : أن المدعىٰ عليه لو كان حاضراً فطلب بعد البينة تحليف المدعي على الاستحقاق . . لم يجب إليه ؛ لأن فيه قدحاً في البينة ، فكيف يحلفه عليه في غيبته وقد حلف علىٰ ثبوته في ذمته .

ثانيهما : أن المدعىٰ عليه لو ادعىٰ مسقطاً فأراد المدعي الحلف على استحقاق ما ادعاه . . لم يمكن منه ، بل يحلف علىٰ ذلك المسقط ؛ فكيف اكتفي به في حق الغائب ؛ ولذلك أسقطه الماوردي فقال : وأقل ما يجزيه : أن يحلف أن حقه لثابت[1] .

قال في « المهمات » : وهو واضح ؛ فتعين العمل به وأورد شيخنا في « تصحيح المنهاج » أمرين آخرين :

أحدهما : أن المدعىٰ به قد يكون عيناً . . فلا يحلف فيها كذلك ، وإنما يحلف في كل دعوىٰ علىٰ ما يليق بها .

ثانيهما : أن المدعىٰ عليه لو كان حاضراً وقال : الشهود فسقة أو كذبة وهو يعلم ذلك . . ففي تحليف المدعي علىٰ نفي العلم وجهان ، طرداً في كل صورة ادعىٰ ما لو أقر به الخصم لنفعه ، لكن لم يكن المدعي عين الحق ، ورجح في « الروضة » وأصلها : أن له التحليف[2] ؛ ويؤيده نص الشافعي في « البويطي » علىٰ أنه لو قال : أنه يعلم أن الشهود شهدوا بغير حق . . حلف علىٰ أنه لا يعلم ذلك .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ويلتحق بذلك ما إذا قال : هو يعلم أن بيني وبين شهوده عداوة مانعة من قبول شهادتهم عليّ ، أو أن فيهم رقاً ، أو أن بينه وبينهم من النسب ما يمنع قبول شهادتهم ، أو أنهم يجرون لأنفسهم بشهادتهم نفعاً ، أو يدفعون بها عنهم ضرراً . . قال شيخنا : فعلى القاضي في القضاء على الغائب أن يحلفه علىٰ هـٰذه الأمور كلها ؛ لأنه لو طلب حلفه علىٰ ذلك . . أجيب إليه ؟ فيحتاط الحاكم له في غيبته ، ولم أر من تعرض لشيء من ذلك ، إلا أن القاضي الحسين قال في اليمين : يقول : وأن شهوده شهدوا بالحق ، قال شيخنا : وهو متعقب بأن **المنصوص في « البويطي »** : أنه في دعوى الحاضر ذلك يحلف علىٰ نفي العلم ، فكذلك في الغائب .

واعلم : أن محل ترجيح وجوب التحليف : إذا لم يكن للغائب وكيل حاضر ؛ ففي « أصل الروضة » : لو كان للمتمرد وكيل نصبه بنفسه . . فهل يتوقف التحليف علىٰ طلبه ؟ فيه جوابان لأبي العباس الروياني ؛ لأن الاحتياط والحالة هـٰذه من وظيفة الوكيل ، وكذا لو كان للغائب[3]

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ٢٣٦) .

(٢) فتح العزيز (١٣/ ١٦١) ، الروضة (١٢/ ١٢) .

(٣) في النسخ : (الغائب) ، والتصويب من « روضة الطالبين » .

وكيل[1] ، ولم يرجحا شيئاً ، لكنهما ذكرا قبل ذلك في توجيه أحد الوجهين فيما لو تعلق المدعي برجل وقال : أنت وكيل فلان الغائب ولي عليه كذا ، وأدعي عليك ، وأقيم البينة في وجهك . . أن للمدعي إقامة البينة علىٰ ذلك ؛ ليستغني عن ضم اليمين إلى البينة ؛ وليكون القضاء مجمعاً عليه[2] ، وهـٰذا يقتضي ترجيح أحد الجوابين ، وهو عدم التحليف ، وقال في « المطلب » : إنه المشهور ، وجزم شيخنا في « تصحيح المنهاج » بعدم التحليف في حضور الوكيل المطلق ، قال : فإن لم يكن وكيلاً في طلب الحلف ، بل في رد جواب الدعوىٰ خاصة . . جاء الخلاف في الإيجاب والاستحباب .

وقال في « التوشيح » : لم أفهم هـٰذا الخلاف ؛ فإن الغائب إذا كان له وكيل . . فالحكم عليه ليس بحكم على الغائب ، ولا يمين فيه جزماً .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : يجوز للقاضي أن يسمع الدعوىٰ على الغائب وإن كان وكيله حاضراً ؛ لأن الغيبة المسموعة للحكم على الغائب موجودة ، ولا يمنع من ذلك كون الوكيل حاضراً ؛ لأن القضاء إنما يقع على الغائب ، ونظير ذلك : أن الولي إذا غاب الغيبة التي يجوز للقاضي أن يزوج المرأة بسببها . . فإنه يجوز أن يزوجها وإن كان وكيل الغائب حاضراً ، وفي نص الشافعي رضي الله عنه في « الإملاء » ما يشهد له ، فقال : زوج السلطان أو وكيل الغائب ، ذكره ابن بشري في « المختصر المنبه » .

٦٠١٨ـ قول « المنهاج » بعد ذكر الخلاف في وجوب هـٰذه اليمين واستحبابها [ص ٥٦٣] : (**ويجريان في دعوىٰ علىٰ صبي أو مجنون**) رجح شيخنا في « تصحيح المنهاج » : القطع بالوجوب في الدعوىٰ عليهما ؛ لإمكان الغائب الاستدراك بخلافهما ، وتبع في ذلك نقل الإمام له عن الأئمة[3] ، وحكىٰ في « البسيط » اتفاق الأصحاب عليه .

٦٠١٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٥] و« الحاوي » [ص ٦٧٧] : (**وميت**) أي : ليس له وارث خاص ، فإن كان . . فالتحليف موقوف علىٰ طلبه .

٦٠٢٠ـ قول « الحاوي » [ص ٦٧٧] : (**ومتوارٍ ومتعزِّزٍ**) حكى الرافعي في حلف المدعي عليهما وجهين ، ثم قال : وقطع صاحب « العدة » بأنه لا يحلف ؛ لأن الخصم قادر على الحضور[4] ، وحكاه في « الكفاية » عن الماوردي[5] .

---

(١) الروضة (١١/ ١٩٤) .
(٢) الروضة (١١/ ١٧٧) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٥٠٤) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٥٣٤) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ٣٠٢) .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأصح** عندنا : أن القاضي يحلف المدعي على المتمرد ؛ لأن هـٰذا احتياط للقضاء ، فلا يمنع منه تمرد المدعىٰ عليه ، وألحق القاضي الحسين بالغائب والمستتر ما إذا أحضر الخصم خصمه إلىٰ مجلس الحكم ثم هرب قبل أن يسمع الحاكم البينة عليه ، أو بعد ما سمعها وقبل أن يحكم . . فإنه يحكم عليه ، وادعىٰ أن هـٰذا لا خلاف فيه[1] .

تَنْبِيهٌ

[لو أقام قيم الطفل بينة علىٰ قيم طفل آخر]

قال في « أصل الروضة » : بني علىٰ هـٰذا الخلاف ما لو أقام قَيِّمُ الطفل بينة علىٰ قيّم **طفل** ؛ فإن أوجبنا التحليف . . انتظرنا حتىٰ يبلغ المدعىٰ له ، فيحلف ، وإن قلنا بالاستحباب . . قضىٰ بها[2] ، ومقتضاه : تصحيح الانتظار ؛ لأن **الصحيح** : وجوب التحليف .

قال في « المهمات » : وقد يشكل عليه قوله بعد ذلك : لو ادعىٰ ولي الصبي ديناً للصبي فقال المدعىٰ عليه : إنه أتلف عليّ من جنس ما تدعيه قدر دينه . . لم ينفعه ، بل عليه الأداء ، فإذا بلغ الصبي . . حلفه[3] ، لكنه فرض تلك فيما إذا كان الصبي هو الذي ادعىٰ له خاصة ، وهـٰذه فيما إذا كانا صبيين .

وقد يجاب : بأن اليمين في المسألة الثانية توجهت في دعوىٰ أخرىٰ . انتهىٰ .

وقال السبكي فيما حكاه في « التوشيح » : من طالع كلام الرافعي هـٰذا . . اعتقد أن **المذهب** : أنه ينتظر ويؤخر الحكم ، وقد يترتب علىٰ ذلك ضياع الحق ؛ فإن تركة الذي عليه الدين قد تضيع أو يأكلها ورثته ، فتعريضها لذلك وتأخير الحكم مع قيام البينة مشكل ، ولاسيما ، ونحن نعلم أن الصبي لا علم عنده من ذلك ، واليمين الواجبة عليه بعد بلوغه إنما هي علىٰ عدم العلم بالبراءة ، وهو أمر حاصل ، فكيف يؤخر الحق لمثل ذلك ، قال : وهـٰذه المسألة لم يذكرها إلا القاضي الحسين تخريجاً منه ، وتبعه من بعده عليها ، **والوجه عندي** خلاف ما قال ، وأنه يحكم الآن بما قامت [به البينة][4] ، ويؤخذ الدين للصبي الذي ثبت له ، وإن أمكن القاضي أخذ كفيل به حتىٰ إذا بلغ يحلف ؛ فهو احتياط ، وإن لم يمكن ذلك . . فلا يكلف ، قال : وينبغي للقاضي أن ينظر نظراً خاصاً ، فإن ظهرت أمارة البراءة . . توقف ، وإن ظهر خلافها . . اعتمد الحجة الظاهرة ، وإن

---

(١) انظر « حاشية الرملي » (٤/٣٢٥) .

(٢) الروضة (١١/١٧٦) .

(٣) انظر « الروضة » (١١/١٧٦ ، ١٧٧) .

(٤) في (ب) ، (د) : (البينة به) ، والمثبت من (ج) و« فتاوى السبكي » .

استوى الأمران . . اعتمد الحجة بعد قوة الاجتهاد ، وقد صرح الأصحاب بأن الوارث في مثل ذلك إنما يحلف علىٰ نفي العلم ، فكيف يحسن قياس هـٰذا علىٰ غريم الغائب الذي يحلف على البت ؟ وينبغي للقاضي إذا حكم . . لا يهمل أن يكتب مكتوباً بيد المحكوم عليه أن له تحليف المحكوم له إذا بلغ ، ثم قال : ولو أن الصبي الذي حكمنا له وألزمناه اليمين بعد بلوغه نكل عنها بعد البلوغ . . . **فالوجه** أن يقال : يحلف الدافع علىٰ ما ادعاه من البراءة ، ويرجع على الصبي بما قبض له . انتهىٰ[1] .

٦٠٢١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٦] : (**فإذا قدم الغائب أو بلغ الصبي . . فهو علىٰ حجته**) قال في « الكفاية » : ظاهره أنه علىٰ حجته وإن لم يشترط الحاكم ذلك في الحكم ، وقال الماوردي : إن القاضي يشترط في حكمه **على** الغائب أنه جعله علىٰ حجته إن كانت له حجة ؛ لئلا يقتضي إطلاق حكمه عليه إبطال حجته[2] .

٦٠٢٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٣] : (**ولو ادعىٰ وكيل** ـ أي : عن غائب ـ **على الغائب . . فلا تحليف**) أي : لا يتوقف الحكم بالبينة **علىٰ** يمين الوكيل ، بل يعطى المال المدعىٰ به .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه ممنوع وإن إيجاب التحليف هو المعتمد ، ثم استشهد بما تقدم قريباً فيما لو أقام قيم طفل بينة علىٰ قيم طفل ، وقال : يؤخر مستحق الطفل إلىٰ بلوغه ، وتكون المدة طويلة ، وتؤدي إلىٰ ضياع حقه ، ولا يؤخر حق الغائب الذي يمكن حضوره بعد يوم أو يومين إلىٰ أن يحضر ، هـٰذا من العجائب ؛ **والمعتمد عندنا** : أنه لا يقضي هنا على الغائب حتىٰ يحضر المدعىٰ له ويحلف اليمين الواجبة ، ثم قال : أطلق قوله : (**فلا تحليف**) ، لكن لو قال الحاضر الذي يدعي عليه الوكيل : أنت تعلم أن موكلك أبرأني فاحلف أنك لا تعلم ذلك . . ففي « أصل الروضة » عن الشيخ أبي حامد : أن له تحليفه علىٰ نفي العلم بالإبراء ، ومن الأصحاب من خالفه[3] ، قال الرافعي : ولك أن تقول : مقتضىٰ ما ذكره الشيخ أبو حامد : أن يحلف القاضي وكيل المدعي على الغائب علىٰ نفي العلم بالإبراء ، وسائر الأسباب المسقطة نيابة عن المدعىٰ عليه فيما يتصور منه لو حضر كما ناب عنه في تحليفه من يدعي لنفسه[4] ، قال شيخنا : نحن لا نثبت ذلك ، ونقطع بأن الوكيل لا يحلفه القاضي التحليف المذكور من جهته ؛ لأن المدعىٰ عليه إذا كان حاضراً . . يستفيد بذلك إسقاط مطالبة الوكيل ، وأما يمين الاستظهار . . فمصبّها أن المال ثابت في ذمة الغائب ، وهـٰذا لا يتأتىٰ من الوكيل ؛ فلم يبق إلا إسقاط يمين الاستظهار علىٰ ما ذكره الإمام

---

(١) انظر « فتاوى السبكي » (١/ ٣٢٤ ، ٣٢٥) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ٣٠٤) .
(٣) الروضة (١١/ ١٧٧) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٥١٤) .

ومن تبعه ، أو امتناع القضاء على الغائب علىٰ ما قررناه ، وهو المعتمد ؛ لقيام الدليل عليه .

٦٠٢٣ـ قوله : (**ولو حضر المدعىٰ عليه وقال لوكيل المدعي : « أبرأني موكلك »** . . **أمر بالتسليم**)[١] فيه أمران :

أحدهما : هـٰذه مسألة مبتدأة ليست من تمام التي قبلها ولا هي في الحقيقة من فروع هـٰذا الباب ، وصورتها : أن يكون المدعىٰ عليه حاضراً وموكل المدعي غائباً ، وهل المراد : الغيبة المعتبرة في القضاء عليه وهي الزائدة علىٰ مسافة العدوىٰ ، أو مطلق الغيبة عن البلد ؟ **رجح** شيخنا في « تصحيح المنهاج » : الثاني ، وقال : لم أر من تعرض للتصريح به .

ثانيهما : يرد علىٰ إطلاق الأمر بالتسليم : ما لو طلب الحاضر من الوكيل الحلف علىٰ نفي العلم بأن موكله أبرأه . . فإنه يجاب إليه كما تقدم عن الشيخ أبي حامد ، وهو **الأصح** ، وفي معناه : دعواه علمه بأن موكله استوفىٰ أو أنه عزله عن الوكالة ، والتحليف فيها هو قياس نظائره في دعواه ما ليس حقاً له ، لكن ينفعه في ذلك ، والله أعلم .

٦٠٢٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٣] : (**وإذا ثبت مال علىٰ غائب وله مال** . . **قضاه الحاكم منه**) و« الحاوي » [ص ٦٧٨] : (**ووفىٰ من ماله إن حضر**) قيده شيخنا في « تصحيح المنهاج » بقيدين :

أحدهما : أن محله : ما إذا لم يجبر الحاضر علىٰ دفع مقابله للغائب ، فإن أجبر ؛ كالزوجة تدعي بصداقها الحال قبل الدخول على الغائب . . فلا يوفيها القاضي من ماله الحاضر ؛ لأن الزوج والزوجة يجبران ، وقضية إجبارهما امتناع قضاء الصداق من مال الغائب ، ومثله لو كان البائع حاضراً وادعىٰ بالثمن على المشتري الغائب . . فلا تسمع هـٰذه الدعوىٰ ؛ لأنه لا يلزم الغائب تسليمه ؛ لأن البائع يجبر على التسليم أولاً ، وحيث قلنا : يجبران . . فالحكم كما في الزوجين .

ثانيهما : ومحله أيضاً : ما إذا لم يتعلق بالمال الحاضر حق ، فإن تعلق به ؛ كمالٍ وجد للغائب وهناك بائع له . . لم يقبضه الثمن ، وطلب من الحاكم الحجر على المشتري الغائب حيث استحق البائع ذلك ؛ فإن القاضي لا يوفي مدعي الدين من المال الحاضر ، ويجيب طالب الحجر إلىٰ مدعاه، ولو كان للغائب من تلزمه نفقته من زوجة أو قريب . . قدمت نفقتهما ذلك اليوم علىٰ صاحب الدين ؛ لأنه إذا قدم ذلك في المحجور عليه بالفلس . . فغير المحجور عليه أولىٰ ، فإن كان مرهوناً أو عبداً جانياً وهناك فضلة . . فهل للقاضي بطلب صاحب الدين أن يلزم المرتهن والمجني عليه بأخذ مستحقهما بطريقه ليوفي ما بقي من ذلك لمدعي الدين على الغائب ، أم ليس له ذلك ؟ قال : هـٰذا موضع نظر ، **والأرجح** : إجابة صاحب الدين لذلك، ولم أر من تعرض لشيء من ذلك[٢] .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٣) .

(٢) انظر « حاشية الرملي » (٤/٣٢٧) .

٦٠٢٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٣] : (**وإلا ؛ فإن سأل المدعي إنهاء الحال إلىٰ قاضي بلد الغائب . . أجابه**) يقتضي أنه لا يجيبه إذا كان للغائب مال حاضر ، وليس كذلك ، وجوابه : أن هـٰذا خرج مخرج الغالب في أن صاحب الدين لا يطلب إنهاء الحال إلىٰ قاضي بلد الغائب إلا حيث لا يكون له مال حاضر ، فلو لم يتعرض للمال الحاضر وطلب الإنهاء مع وجوده . . فله ذلك .

وقد يفهم من تعبير ومن تغيير « التنبيه » بقوله [ص ٢٥٦] : (**إلىٰ قاضي البلد الذي فيه الخصم**) أنه لا بد أن يكون المكتوب إليه معيناً ، وليس كذلك ، فيجوز أن يكتب إلىٰ من يصل إليه من قضاة المسلمين ، ولو كان لمعين فشهد الشاهدان عند غيره قبل شهادتهما وأمضاه ، وقد صرح به « الحاوي » فقال [ص ٦٧٩] : (**ويشهد عند كلٍّ وإن لم يعمِّم**) ويدل عليه . قول « التنبيه » بعد ذلك [ص ٢٥٦] : (**أنه لو مات المكتوب إليه أو عزل أو ولي غيره . . حمل الكتاب إليه ، وعمل به**) .

٦٠٢٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٣] : (**فينهي سماع بينة ليحكم بها ثم يستوفي**) فيه نقص ؛ فقد لا يكون هناك بينة كاملة ، بل شاهد ويمين ، وفي هـٰذه الصورة لا بد من ثبوت عدالة الشاهد ؛ لأنه لا يحلف المدعي إلا بعد تعديله ، وقد يكتب بعلم نفسه كما ذكره السرخسي .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه **الأصح** المعتمد خلافاً لما في « العدة » ، وقد تناول ذلك كله قول « التنبيه » [ص ٢٥٦] : (**وإن ثبت عنده**) .

٦٠٢٧ـ قوله : (**ثم يقول لهما : « اشهدا عليّ أني كتبت إلىٰ فلان بن فلان بما سمعتما**)[١] يفهم أنه لو قال بعد القراءة : (هـٰذا كتابي إلىٰ فلان) ولم يسترعهما . . لم يكف[٢] ، وكذا يفهمه قول « المنهاج » [ص ٥٦٣] : (**والإنهاء : أن يشهد عدلين بذلك**) و« الحاوي » [ص ٦٧٨] : (**وأشهد رجلين بتفصيله**) وقد حكىٰ ذلك في « الكفاية » وجهاً بناء علىٰ منع الشهادة على المقر من غير استرعاء ، والذي حكاه الرافعي عن « الشامل » أنه يكفي[٣] ، وحكاه في « الكفاية » عن القاضي أبي الطيب .

٦٠٢٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٣] : (**ويستحب كتاب به يذكر فيه ما يتميز به المحكوم عليه**) كان ينبغي أن يقول : (والمحكوم له) كما فعل « الحاوي »[٤] ، ولو عبرا بالغائب وصاحب الحق . . لكان أولىٰ ؛ ليتناول الثبوت المجرد عن الحكم .

٦٠٢٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٣] : (**ويشهدان عليه إن أنكر**) كلام غير مستقيم ؛ لأن

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٦) .

(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/٢٢٦) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (١٢/٥١٦) .

(٤) الحاوي (ص ٦٧٨) .

الشاهدين لا يشهدان على الخصم المنكر ، وإنما يشهدان بما جرىٰ عند القاضي من الثبوت أو الحكم ، فإن قيل : فقد يكون القاضي شخصه لهما .

قلت : فتخرج المسألة عن هـٰذا الباب ؛ لأنه ليس حينئذ حكماً علىٰ غائب ، ولم يرد « المنهاج » هـٰذه الصورة ؛ فإنه قال عقبه : (**فإن قال** : « **لست المسمىٰ في الكتاب** » . . **صدق بيمينه**)[1] .

٦٠٣٠ـ قولهم ـ والعبارة لـ « المنهاج » ـ : (**وعلى المدعي بينة بأن هـٰذا المكتوب اسمه ونسبه ، فإن أقامها فقال** : « **لست المحكوم عليه** » . . **لزمه الحكم إن لم يكن هناك مشارك له في الاسم والصفات**)[2] فيه أمران :

أحدهما : محل عدم اللزوم إذا كان له مشارك في الاسم والصفات : ما إذا كان ذلك المشارك حياً أو ميتاً بعد صدور ما جرىٰ في الكتاب أو قبله وعاصره الحي **على الأصح** في هـٰذه ، فأما إذا لم يعاصره . . فلا إشكال كما جزم به في « أصل الروضة »[3] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وعندي أنه لا اعتبار بعدم المعاصرة ؛ لأن الدين قد يكون له علىٰ ذلك الميت وإن لم يعاصره من جهة معاملة مع مورثه أو غير ذلك مما يمكن ، وإنما المدار علىٰ أنه إن ظهر في أمر المدعىٰ به ونحوه مما لا يمكن صدوره مع الميت . . فلا إشكال ، وإلا . . وقع الإشكال .

ثانيهما : قال شيخنا أيضاً : إلزامه الحكم مع إنكاره أنه المحكوم عليه بمجرد قيام البينة بأن هـٰذا المكتوب اسمه ونسبه من معضلات الفقه ، وجزم به الأصحاب ، ونص عليه الشافعي رضي الله عنه لكنه قال قبل ذلك : (وإن أنكر . . لم يؤخذ به حتىٰ تقوم بينة أنه هو المكتوب عليه بهـٰذا الكتاب)[4] ، وهو يخالف ما تقدم ، قال شيخنا : وعندي أن النصين منزلان علىٰ حالين ، فمحل كلامه الأول : إذا كان هناك نوع من الالتباس ، والثاني : عند عدم الالتباس .

٦٠٣١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٣] : (**وإلا . . بعث إلى الكاتب ليطلب من الشهود زيادة صفة تميزه ويكتبها ثانياً**) يقتضي الاقتصار علىٰ كتابة الصفة المميزة من غير حكم .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو ممنوع ، بل لا بد عندنا من حكم مستأنف على الموصوف بالصفة الزائدة المميزة له ، ولا يحتاج إلىٰ تحديد دعوىٰ ، ولا حلف ، وإنما

---

(١) المنهاج (ص ٥٦٣) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٦) ، و« الحاوي » (ص ٦٧٨) ، و« المنهاج » (ص ٥٦٣) .

(٣) الروضة (١١/ ١٨٢) .

(٤) انظر « الأم » (٦/ ٢١٢) .

يحتاج إلىٰ حكم علىٰ ما قررناه ، ولم أر من تعرض لذلك .

٦٠٣٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٦] : (**وإن مات القاضي الكاتب أو عزل . . حمل الكتاب إليه ، وعمل بما فيه**) و« الحاوي » [ص ٦٧٩] : (**أو مات**) محله : ما إذا لم يكن المكتوب إليه نائباً عن الكاتب ، فإن كان نائباً عنه وفرعنا على انعزاله بعزله . . لم يعمل به ، وهو **الأصح** ، إلا أن يأذن له الإمام في الاستخلاف ويقول له : استخلف عني ، ولا يخفىٰ أن الجنون والعمىٰ والخرس كالموت .

٦٠٣٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٦] : (**وإن فسق الكاتب ؛ فإن كان فيما ثبت عنده ولم يحكم به . . بطل كتابه**) محله كما قال في « الكفاية » : ما إذا كان فسقه قبل عمل المكتوب إليه بما في الكتاب ، فإن كان بعده . . لم ينقض ، صرح به الماوردي والبندنيجي وابن الصباغ وغيرهم[١] .

٦٠٣٤ـ قوله : (**فإن حكم عليه فقال : « اكتب إلى الكاتب أنك حكمت عليّ حتىٰ لا يدعي ذلك مرة أخرىٰ » . . فقد قيل : يلزمه ، وقيل : لا يلزمه**)[٢] **الأصح** : الثاني .

٦٠٣٥ـ قوله : (**إلا إذا ادعىٰ عليه ذلك مرة أخرىٰ**)[٣] قال في « الكفاية » : هـٰذه الزيادة لم أرها لغير الشيخ ، والفقه يقتضيها .

٦٠٣٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٣] : (**ولو حضر قاضي بلد الغائب ببلد الحاكم فشافهه بحكمه . . ففي إمضائه إذا عاد إلىٰ ولايته خلاف القضاء بالعلم**) أي : إن قلنا به . . جاز هـٰذا ، وعليه مشى « الحاوي »[٤] ، وإن قلنا : لا يجوز . . امتنع .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهـٰذا هو الموجود في التصانيف ، وفي « الروضة » تبعاً « للشرح » إثبات وجهين في جواز ذلك هنا تفريعاً علىٰ منع القضاء بالعلم[٥] ، وتبعا فيه « الوسيط »[٦] ، وهو غير ممكن ، وفي « المطلب » : أنه لا يكاد يوجد في كلام غير « الوسيط » ، ثم قرره بأن علة منع القضاء بالعلم التهمة ، وإذا كان القاضي منفذاً لحكم غيره . . انتفت التهمة ؛ إذ يمكنه أن يقول عند السؤال عن السبب : حكم به قاض من قضاة المسلمين ، ولا يشترط تعيينه ، ولا إظهار الإشهاد عليه به ، كما أنه يحكم بالبينة اتفاقاً ، ولا يلزمه أن يذكر السبب ، ثم قال : وأيضاً : فالمحكوم به هنا بالعلم الاستيفاء ، والاستيفاء لا يعتبر فيه ما يعتبر في الحكم ؛ ألا ترىٰ أنه

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ٢٣٢) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٦) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٦ ، ٢٥٧) .
(٤) الحاوي (ص ٦٧٨) .
(٥) فتح العزيز (١٢/ ٥٢١) ، الروضة (١١/ ١٨٣ ، ١٨٤) .
(٦) الوسيط (٧/ ٣٢٦) .

يجوز أن يفوض إلى الوالي في محل الولاية وإن لم يصلح للقضاء ، قال شيخنا : وما ذكره صاحب « المطلب » من التقرير مردود ؛ لأن اتصال ذلك الحكم به إذا كان من جهة علمه . . فلا يمكن أن يقال بجواز القضاء به مع منع القضاء بالعلم ، قال : والجواب الثاني مردود ؛ فإن الوالي المستوفي الذي لا يصلح للقضاء يجوز للقاضي علىٰ ما قضىٰ به ، فالصادر منه مجرد استيفاء بمقتضىٰ شوكته ، وليس قضاء ، بخلاف القاضي الذي يحكم بما صدر من القاضي .

وفي « المهمات » : هـٰذا الخلاف لا وجه له ، ولا نعلم أيضاً من حكاه ، بل الذي وقفنا عليه في كتبهم الجزم بالمنع ، وعبارة « الوسيط » : وإن لم نجوز القضاء بالعلم . . فقد أطلق بعض الأصحاب جوازه ، وقال الإمام : لا يجوز[1] ، ومراده بذلك : أن بعض الأصحاب أطلق جوازه من غير تقييد بجواز القضاء بالعلم ، والإمام نزل هـٰذا المطلق علىٰ ما إذا جوزنا القضاء بالعلم ؛ ويؤيده أن أصول « الوسيط » وهي « تعليقة القاضي حسين » و« النهاية » و« البسيط » ذكروه كذلك ، ولم يحك أحد منهم خلافا . انتهىٰ .

علىٰ أن شيخنا في « تصحيح المنهاج » أنكر هـٰذا التخريج من أصله ، وقال : إنه ليس بمعتمد وإن جزموا به ؛ فإن القاضي في غير محل ولايته كالمعزول ، وإذا سمع المعزول أو من لم يل الحكم من حاكم : أني حكمت بكذا . . فهو شاهد على الحاكم ، وذاك لا يحصل به العلم المجوز للقضاء ، وإنما يسوغ له أن يشهد علىٰ حكم الحاكم ، وفي « الروضة » تبعاً « للشرح » قبيل القضاء على الغائب : أنه لو سأل القاضي عن الشهود في غير محل ولايته ، فعدلوا ، ثم عاد إلىٰ محل ولايته . . قال ابن القاص : له الحكم بشهادتهم إن جوزنا القضاء بالعلم ، وخالفه أبو عاصم وآخرون ، وقالوا : **القياس** منعه كما لو سمع البينة خارج ولايته[2] .

٦٠٣٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٣] : (**ولو ناداه في طرفي ولايتهما . . أمضاه**) أي : يتخرج على القضاء بالعلم .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهـٰذا عندنا ممنوع ، بل هـٰذا أولىٰ بتخريجه على القضاء بالعلم ؛ لأنه لم تكمل فيه ولاية كل منهما في الموضعين ؛ فالمتكلم ليس حاكماً في موضع ولاية السامع وسامعه ليس حاكماً في محل ولاية المتكلم ؛ فالحاصل للحاكم السامع مجرد علم ، قال : ولنا أن نمنع التخريج في هـٰذه أيضاً ؛ لأن المستند لم يسمعه ممن هو في محل ولايته ، فأشبه ما لو شهد الشهود وهم في غير ولايته وهو في طرف ولايته سامع لما شهدوا به .

٦٠٣٨ـ قول « الحاوي » [ص ٦٧٩] : (**ولسماع شهادةٍ ذَكَرَ الشهود والتعديل**) يقتضي أنه

---

(١) الوسيط (٧/ ٣٢٦) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٥٠٩) .

(٢) فتح العزيز (١٢/ ٥١٠) ، الروضة (١١/ ١٧٤) .

لا يكفي الاقتصار علىٰ ذكر عدالتهم من غير تسميتهم ، وبه قال الإمام والغزالي[١] ، قال الرافعي : **والقياس** : التجويز ؛ كما أنه إذا حكم . . استغنىٰ عن تسمية الشهود ، قال : وهـٰذا هو المفهوم من إيراد صاحب « التهذيب » وغيره[٢] ، وفي « المحرر » : إنه الأشبه[٣] ، وعليه مشي « المنهاج » فقال [ص ٥٦٤] : (**ويسميها إن لم يعدلها ، وإلا . . فالأصح : جواز ترك التسمية**) .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأصح** : منع ترك التسمية ؛ فقد نقله الإمام عن إجماع الأصحاب ، وهو مقتضىٰ نص « الأم » حيث قال : (كتاب القاضي كتابان : أحدهما : كتاب يثبت ، فهـٰذا يستأنف المكتوب إليه به الحكم)[٤] ومقتضى استئناف الحكم : النظر في أمر الشهود ؛ ليجري الحال فيهم علىٰ عقيدته . وفي « المهمات » عن « البحر » : أن التجويز ضعيف ، قال في « أصل الروضة » : وهل يأخذ المكتوب إليه بتعديل الكاتب أم له البحث وإعادة التعديل ؟ لفظ الغزالي يقتضي الثاني ، **والقياس** : الأول ، قال النووي : هـٰذا الذي جعله القياس هو الصواب[٥] .

وظاهر كلامه أن ذلك يتعلق بالمسألتين معاً ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : مقتضىٰ نص « الأم » في أن المكتوب إليه يستأنف الحكم ، وما نقله الإمام عن إجماع الأصحاب يقتضي أنه ليس على المكتوب إليه بالتثبيت الأخذ بتعديل القاضي الكاتب ، وهو المعتمد ؛ لأنه قد يكون للمكتوب إليه رأي في الشهود يخالف رأي الكاتب ، والكاتب لم يحكم ؛ فلا ينسد على المكتوب إليه النظر في تخريجهم وتمكين الخصم من ذلك .

٦٠٣٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٦] : (**وإن ثبت عنده ولم يحكم ، فسأله المدعي أن يكتب إلىٰ قاضي البلد الذي فيه الخصم بما ثبت عنده ليحكم عليه . . نظر : فإن كان بينهما مسافة لا تقصر فيها الصلاة . . لم يكتب**) **الأصح** : أنه يكتب إذا كانت فوق مسافة العدوىٰ وإن لم يبلغ مسافة القصر ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٧٩] : (**وقُبل فوق العدوىٰ**) و« المنهاج » فقال [ص ٥٦٤] : (**وبسماع البينة لا يقبل على الصحيح إلا في مسافة قبول شهادة علىٰ شهادة**) وقد رجح في قبول الشهادة على الشهادة اعتبار مسافة العدوىٰ .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محل الخلاف : ما إذا سمع البينة وأثبت ما قامت به ، فأما لو سمع البينة ولم يثبت ما قامت به . . فلا يقبل إلا في مسافة تقبل فيها شهادة علىٰ شهادة بلا

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٨/٥٠٦) ، و« الوسيط » (٧/٣٢٥) .
(٢) فتح العزيز (١٢/٥٢٣ ، ٥٢٤) .
(٣) المحرر (ص ٤٩١) .
(٤) الأم (٦/٢١٢) .
(٥) الروضة (١١/١٨٦) .

خلاف ، وفي « المطلب » ما يخالف هـٰذا فقال : الخلاف في أن ذلك نقل أو حكم بقيام البينة جاز فيما لو كتب بالسماع دون التعديل ، ولا يكاد يعقل عندنا إسناد حكم إلىٰ من لم تثبت عدالته ؛ فدل علىٰ أن المراد بكونه حكماً : الحكم بأن البينة تلفظت بالشهادة التلفظ المعتبر بعد تقدم شروط ذلك من الدعوى المحررة ، والإنكار ، وطلب الشهادة ونحو ذلك ، وهـٰذا يقتضي إثبات الخلاف في اعتبار المسافة حينئذ ؛ كما لو سمع البينة وأثبت ، لكن قال شيخنا : هـٰذا الذي في « المطلب » خطأ لم يقل به أحد من الأصحاب ، قال شيخنا : وقول « المنهاج » : (**على الصحيح**) يقتضي أن الخلاف وجهان ، وليس كذلك ، بل ما قال إنه الصحيح بالقيد الذي قدمناه نص عليه في « الأم » فقال في آخر ترجمة كتاب القاضي إلى القاضي : (وإذا كان بلد به قاضيان كبغداد ، فكتب أحدهما إلى الآخر بما قامت عنده من البينة . . لم ينبغ له أن يقبلها حتىٰ تعاد عليه ، إنما يقبل في البلد الثانية التي لا يكلف أهلها إتيانه)[١] .

فصل
[في بيان الدعوىٰ بعين غائبة]

٦٠٤٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٤] : (**ادعىٰ عيناً غائبة عن البلد يؤمن اشتباهها كعقارٍ وعبدٍ وفرسٍ معروفاتٍ . . سمع بينته وحكم بها**) قال شيخنا ابن النقيب : في « المحرر » و« الروضة » : (معروفين) ، وهو أحسن تغليباً للعاقل[٢] .

وذكر شيخنا الإمام البلقيني : أن الذي في « المحرر » و« الروضة » : (معروفين) بالتثنية ، قال : فلم يعتبر المعرفة إلا في العبد والفرس ، وهو الذي يوجد للأصحاب ، وعبارة « المنهاج » تقتضي اعتبار كون العقار معروفاً ، وليس كذلك .

قلت : ويوافق ذلك قول « الحاوي » [ص ٦٧٩] : (**وفي غائب يُعْرَفَ أو يُعَرَّف بالحد**) فلم يطلق المعرفة إلا في غير العقار ، وقيدها فيه بالحد ، وقد يقال : أراد ثانياً : العقار الذي لا يعرف إلا بالحد ، ودخل في عبارته أولاً : العقار الغائب الذي يعرف بدون حد .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : استثناء المعروف من ذلك ذكره ابن سريج من تخريجه ، وجعله الماوردي وجهاً ، وفي « تعليق البندنيجي » و« الشامل » ومن وافقهما من العراقيين القطع به ، وكلام الشافعي مطلق ، وتقييد ابن سريج له قوة ، والأخذ بإطلاق الشافعي أحوط .

٦٠٤١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٤] : (**ويعتمد في العقار حدوده**) أي : الأربعة ، وهو مراد

---

(١) الأم (٦/٢١٢) .
(٢) السراج علىٰ نكت المنهاج (٨/٢٢٨) ، وانظر « المحرر » (ص ٤٩١) ، و« الروضة » (١١/١٨٨) .

« الحاوي » بالحد[١] ؛ فأتىٰ باسم الجنس المعرف ؛ ليتناول كل حد ، ولا يجوز الاقتصار علىٰ ثلاثة ، كذا جزم به في « الشرح الصغير » و« الروضة » هنا[٢] ، وحكاه في « الكبير » عن ابن القاص[٣] ، ونقل في آخر الأقضية عن « فتاوى القفال » وغيره : الاكتفاء بالثلاثة إن عرفت بها ، ويعتمد في العقار أيضاً ذكر البقعة والسكة ، قاله في « أصل الروضة »[٤] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لا بد أن يستقصي فيه الصفات المحصلة للعلم به عند عدم مشاهدته ؛ فيذكر في الدار البلد والمحلة والسكة ، وهل هي أولها أو وسطها أو آخرها ، يمنة أو يسرة أو في الصدر ، ويذكر في الجدار من الدار إذا كان هو المستحق فقط سمته وطوله وعرضه ، وأنه علىٰ يمين الداخل أو يساره ، وحدود الدار التي فيها بعد ذكر البلد والمحلة ونحو ذلك ، وإن كان المدعىٰ به أشجاراً في بستان . . ذكر حدود البستان ، وعدة الأشجار ، ومحلها من البستان ، وما تتميز به عن غيرها ، والدار على التمييز . انتهىٰ .

٦٠٤٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦١] : (**وإن كان عيناً يمكن تعيينها كالدار والعين الحاضرة عنها**) قال في « الكفاية » : قد يتوهم أن المراد بتعيين الدار : أن يحضر الحاكم عند الدعوىٰ ، وليس كذلك ، بل المراد : أن يبالغ في وصفها .

٦٠٤٣ـ قوله : (**وإن لم يمكن تعيينها . . ذكر صفاتها**)[٥] أي : المعتبرة في السلم ، كذا في « أصل الروضة » هنا[٦] ، وفي « الكفاية » عن الماوردي والإمام : أنه يجب في المتقوم استقصاء الأوصاف[٧] .

٦٠٤٤ـ قوله : (**وإن ذكر القيمة . . فهو آكد**)[٨] و« المنهاج » [ص ٥٦٤] : (**ويبالغ المدعي في الوصف ويذكر القيمة**) اضطرب فيه كلام الرافعي والنووي ، **فصححا** في الدعاوىٰ : أنه لا يشترط ذكر القيمة ، بل يكفي ذكر صفات السلم ، وظاهر كلامهما وتمثيلهما استواء المثلي والمتقوم ؛ فإنهما مثلا بالحبوب والحيوان[٩] ، وقالا هنا في **العين** الغائبة عن البلد : أنه بعد ذكر الجنس والنوع

---

(١) الحاوي (ص ٦٧٩) .
(٢) الروضة (١١/ ١٨٨) .
(٣) فتح العزيز (١٢/ ٥٢٧) .
(٤) الروضة (١١/ ١٨٨) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ٢٦١) .
(٦) الروضة (١١/ ١٨٩) .
(٧) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ٣٠٦) ، و« نهاية المطلب » (١٨/ ٥٢٢) .
(٨) انظر « التنبيه » (ص ٢٦١) .
(٩) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ١٥٦) ، و« الروضة » (١٢/ ٨) .

هل يجب ذكر صفات السلم أو القيمة ويكفي عن ذكر الصفات ؟ قولان ، **وصححوا** أن الركن في المثلي الصفات ، والقيمة ندب ، وفي المتقوم بالعكس[1] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هٰذا التفصيل لا نرتضيه ، **والمعتمد عندنا** أنه لا حاجة إلىٰ ذكر القيمة كما هو المصحح في الدعاوىٰ ، قال : وهٰذا الكلام في غير النقد ، فأما النقد . . فإنه يعتبر فيه ذكر الجنس والنوع والقدر ، وكونه صحاحاً أو مكسراً .

٦٠٤٥ـ قول « الحاوي » [ص ٦٧٩] : (**ويسمع البينة في متميزٍ بعلامةٍ**) تبع فيه الإمام والغزالي ؛ حيث فصلا فيما يسمع فيه البينة بين ما يتميز وغيره كالكرباس[2] ، **والأصح** : السماع مطلقاً ؛ ولهٰذا قال « المنهاج » [ص ٥٦٤] : (**أو لا يؤمن . . فالأظهر : سماع البينة ، وأنه لا يحكم بها**) وفيه أمران :

أحدهما : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : القول بسماع البينة والتثبيت دون الحكم ضعيف ، لم أجد ترجيحه لأحد ، **والمذهب المعتمد** : أنه لا يحكم ولا تسمع البينة .

ثانيهما : قال شيخنا أيضاً : يتقيد عندي محل الخلاف بقيدين :

أحدهما : أن محله : ما إذا لم يعلم القاضي العين التي شهد بها الشهود ، فإن علم ؛ بأن كانت العين الغائبة مما هو تحت نظره من ضالة أو من مال محجوره . . فيحكم بالبينة ، ولا يتخرج علىٰ جواز القضاء بالعلم ؛ لأن البينة قائمة دافعة للتهمة .

القيد الثاني : أن تشهد بملك العين من غير شهادة علىٰ إقرار المستولي عليها ، فإن شهدت علىٰ إقراره بذلك . . حكم جزماً ، فإن أنكر عند المكتوب إليه اشتمال يده علىٰ عين بتلك الصفة . . لم يسمع منه ، بل لا بد من تسليم العين أو غرم بدلها .

٦٠٤٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٤] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٦٧٩] : (**بل يكتب إلىٰ قاضي بلد المال بما شهدت به ، فيأخذه ويبعثه إلى الكاتب ليشهدوا علىٰ عينه ، والأظهر : أنه يسلمه إلى المدعي بكفيل ببدنه**) فيه أمور :

أحدها : فرع هٰذا الكلام في « المحرر » علىٰ قولنا : إنه لا يحكم[3] ، والذي في « الروضة » : أنه يكتب بما جرىٰ عنده من مجرد قيام البينة أو مع الحكم إن جوزناه[4] .

ثانيها : محل بعثه : ما إذا لم يبد الخصم دافعاً ، فإن أبداه ؛ بأن أظهر هناك عيناً أخرىٰ بالاسم

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٢/٥٢٧ ، ٥٢٨) ، و« الروضة » (١١/١٨٩) .

(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٥٢٥) ، و« الوجيز » (٢/٢٤٣) .

(٣) المحرر (ص ٤٩١) .

(٤) الروضة (١١/١٨٩) .

والصفات المذكورة بيده أو بيد غيره.. صار القضاء مبهماً ، ولا مطالبة في الحال كما سبق في المحكوم عليه .

ثالثها : لا يخفىٰ أن هٰذا تفريع علىٰ أنه لا يحكم ، أما إذا حكم وجوزناه.. حلف المدعي أن هٰذا المال هو الذي شهد به شهوده عند القاضي فلان ، وسلم إليه ، قاله ابن القاص .

رابعها : محل هٰذا : في غير الجارية ، أما الجارية.. فقيل : كالعبد ، وقيل : لا يبعث أصلاً ، وقيل : يسلم إلىٰ أمين في الرفقة لا إلى المدعي ، قال الرافعي : وهٰذا حسن[1] ، وقال النووي : هٰذا الثالث هو **الصحيح أو الصواب**[2] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : الذي ذكره ابن أبي ليلىٰ : أنها تسلم للمدعي ، ويضم إليه أمين ثقة محتاط به ، وهٰذا هو الأرجح علىٰ هٰذا القول الضعيف .

خامسها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إن هٰذا ليس مذهب الشافعي ، وإنما هو مذهب ابن أبي ليلىٰ وقد حكاه الشافعي عن بعض الحكام ، ورده ، وقال : هٰذا استحسان ، وحكم بأن **القياس** : أن لا يحكم حتىٰ يشهد الشهود على العين ، فكيف يتخرج في مذهبه وقد أبطله ، وأعجب من ذلك أن يجعل مذهبه المعتمد في الفتوىٰ .

٦٠٤٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٤] : (**فإن شهدوا بعينه.. كتب ببراءة الكفيل ، وإلا.. فعلى المدعي مؤنة الرد**) كذا يجب عليه مؤنة الإحضار أيضاً ، وقد صرح بذلك في « أصل الروضة »[3] ، وتناوله قول « الحاوي » [ص ٦٨٠] : (**وإن أحضره.. غرم مؤنته إن لم يثبت**) ، وقد ذكره « المنهاج » في آخر الفصل في العين الغائبة في البلد[4] ، ثم قال العراقيون والبغوي وغيرهم : يلزمه مع مؤنه النقل أجرة المثل للمدة التي نقل فيها إلىٰ بلد الكاتب ، ولم يتعرضوا لذلك في مدة تعطيل المنفعة إذا أحضره المدعىٰ عليه وهو في البلد ؛ فاقتضىٰ سكوتهم المسامحة ، وبها صرح الغزالي ، والفرق زيادة الضرر هناك ، كذا في « أصل الروضة »[5] ، وهو يوهم أن الغزالي فصل بين إحضاره من البلد وغيره ، وليس كذلك ، بل أطلق أن الأجرة لا تجب ، فقال الرافعي : ينبغي أن يحمل على الغائب عن المجلس دون البلد ؛ حتىٰ يوافق كلام الأصحاب[6] .

٦٠٤٨ـ قول « الحاوي » [ص ٦٧٩ ، ٦٨٠] : (**وطولب بإحضار ما ثم إن سَهُلَ**) أحسن من قول

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٥٢٨ ، ٥٢٩) .
(٢) انظر « الروضة » (١١/ ١٩٠) .
(٣) الروضة (١١/ ١٩٣) .
(٤) المنهاج (ص ٥٦٥) .
(٥) الروضة (١١/ ١٩٣) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٥٣٣) .

« المنهاج » [ص ٥٦٤] : (**أو غائبة عن المجلس لا البلد . . أُمر بإحضار ما يمكن إحضاره**) لأن الشيء قد يكون ممكن الإحضار لكن فيه عسر ، فلا يكلف إحضاره ، وذلك كشيء ثقيل أو ثبت في الأرض أو جدار وضر قلعه . . فيبعث القاضي من يسمع البينة علىٰ عينه أو يحضر هو بنفسه .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هـٰذا إذا كان الذي يمكن إحضاره يعرفه المدعي والشهود ، ويشخصه المدعي ، فإن كانت الدعوىٰ في ثياب مشتبهة ؛ كالنصافي والبعلبكي وغير ذلك مما لا يعرفه المدعي . . فلا يؤمر المدعىٰ عليه بإحضاره ؛ لأن المدعي لم يشخص شيئاً والمدعىٰ عليه منكر ، وقد قال الغزالي في الكرباس نحو ذلك ، فقال : إذ المنكر لا يلزمه إحضاره الكرباس ؛ لأنه يتماثل وإن أحضر[١] .

وفي « المطلب » : أن كلام الغزالي يفهم أن الكرباس لو كان حاضراً بمجلس الحكم . . لم تسمع البينة علىٰ عينه ؛ لما يطرقه من الاشتباه ، وهـٰذا لا يكاد يسمح به ؛ ولذلك قال الرافعي : ولا شك في بعد هـٰذا الكلام[٢] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنما كلام الغزالي في العين الغائبة ؛ فإن التماثل فيها قائم وإن أحضرت الغائبة ؛ لأن التي أحضرت لم تقع الدعوىٰ بها مشخصة ؛ فالتماثل حاصل وإن حصل الإحضار بعد الغيبة ، بخلاف الحاضرة في ابتداء الأمر المشخصة في الدعوىٰ إذا شهد الشهود علىٰ عينها . . لا يتأتىٰ فيها التباس[٣] .

٦٠٤٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٤] : (**ولا تسمع شهادة بصفة**) أي : هنا ، واستثنىٰ منه شيخنا في « تصحيح المنهاج » موضعين :

أحدهما : أن يعرفه القاضي بدون إحضاره كما ذكره الإمام والغزالي[٤] .

قال الرافعي : وهو واضح إن كان معروفاً عند الناس أيضاً ، وإن اختص هو بمعرفته وعلم صدق المدعي . . فكذلك تفريعاً على القضاء بالعلم ، وإلا . . فالبينة قامت بالصفة ، فإذا لم تسمع بالصفة . . امتنع الحكم[٥] .

وأجاب عنه في « المطلب » : بأن البينة قد تشير إليه في الغيبة وإن لم يكن مشهوراً ؛ بأن علمت أن القاضي رآه في وقت مخصوص رؤية يتميز بها عنده عن غيره ، فشهدت على العبد الذي رآه ذلك الوقت ، قال : وأيضاً فقد يقال : الممنوع الشهادة على الوصف بحيث لا يحصل للقاضي به معرفة

---

(١) انظر « الوسيط » (٧/ ٣٣٠) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٥٣١) .
(٣) انظر « حاشية الرملي » (٤/ ٣٢٣ ، ٣٢٤) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٥٢٩ ، ٥٣٠) ، و« الوجيز » (٢/ ٢٤٤) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٥٣١) .

الموصوف بعينه ، لا ما إذا كان الوصف محصلاً لذلك الموضع .

الثاني : إذا شهدت البينة بإقرار المدعىٰ عليه باستيلائه علىٰ كذا ، ووصفه الشهود . . سمعت ، قال شيخنا : وقد سبق نظير ذلك في القيدين الذين قيدناهما محل الخلاف السابق في العين الغائبة عن البلد .

٦٠٥٠ـ قوله : (**وإذا وجب إحضارٌ فقال : « ليس بيدي عين بهـٰذه الصفة » . . صدق بيمينه ، ثم للمدعي دعوى القيمة**)[١] لا بد من حمله علىٰ ما إذا كان المدعىٰ به متقوماً ، فإن كان مثلياً . . فالواجب المثل ؛ فهو الذي يدعي به .

٦٠٥١ـ قوله ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » : (**فإن نكل فحلف المدعي أو أقام بينة . . كُلِّف الإحضار وحُبس ، ولا يطلق إلا بإحضار أو دعوىٰ تلفٍ**)[٢] فيه أمران :

أحدهما : ما هـٰذه البينة مع قوله : (**ولا تسمع بينة بصفة**) ؟! صرح الغزالي بأن المراد : بينة علىٰ أن في يده مثله[٣] ، ويحتمل أن المراد : الشهادة علىٰ إقراره أو بما يعرفه القاضي من عين تشخصت له في وقت كما تقدم[٤] .

ثانيهما : قوله : (**أو دعوىٰ تلف**) أي : فتؤخذ منه القيمة ، قاله في « أصل الروضة »[٥] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ليس لأخذ القيمة وجه إلا إذا قامت البينة بما يقتضي استحقاق العين المدعىٰ بها .

٦٠٥٢ـ قولهما أيضاً : (**ولو شك المدعي هل تلفت العين فيدعي قيمة أم لا فيدعيها ، فقال : « غصب مني كذا » ، فإن بقي لزمه رده ، وإلا فقيمته ؟**)[٦] لا يخفىٰ أنه فيما إذا كان متقوماً ، فإن كان مثلياً . . فيطالب بمثله ، وشاحح شيخنا في « تصحيح المنهاج » في قوله : (**لزمه رده**) ، وقال : سبيل الدعوىٰ أن يقول : فأطالبه برده ، قال : وهـٰذا إنما يقوله حيث يلزم الغاصب رد العين المغصوبة ، فأما إذا لم يلزمه ردها في بلد الدعوىٰ . . فلا يطالب إلا بالقيمة ؛ للحيلولة كما تقرر في الغصب .

٦٠٥٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٥] : (**وقيل : لا ، بل يدعيها ويُحلِّفه ثم يدعي القيمة**) فيه أمران :

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٥٣١) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٤) .
(٣) انظر « الحاوي » (ص ٦٨٠) ، و« المنهاج » (ص ٥٦٤) .
(٤) انظر « حاشية الرملي » (٤/ ٣٢٤) .
(٥) الروضة (١١/ ١٩٢) .
(٦) انظر « الحاوي » (ص ٦٨٠) ، و« المنهاج » (ص ٥٦٤ ، ٥٦٥) .

أحدهما : هٰذا الوجه الضعيف حكاه الإمام عن القيَّاسين ، واقتضىٰ كلامه وكلام الغزالي ترجيحه[1] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه **الأرجح** ، قال : وحكاية الخوارزمي عن أكثر الأصحاب ما يقتضي مقابله أخذه من قول البغوي : إن الحكام عليه .

ثانيهما : استبعد شيخنا المذكور حكاية هٰذا الوجه هٰكذا ؛ لأن الجزم بالدعوى الأولىٰ يخالفه الجزم بالدعوى الثانية ، وقال : الوجه علىٰ هٰذا صرف الدعوىٰ إلى المالية كما ذكره الإمام والغزالي ، وفي « المطلب » : إذا لم تسمع الدعوىٰ مردودة .. كانت الدعوىٰ بالقيمة ، قال : وكلام « الوسيط » يفهم أنه لو ادعىٰ أولاً بالعين وحلف المدعىٰ عليه .. لم يكن له أن يدعي ثانياً بالقيمة[2] .

٦٠٥٤ـ قوله : (**ويجريان فيمن دفع ثوبه إلىٰ دلال ليبيعه فجحده وشك هل باعه فيطلب الثمن ، أم أتلفه فقيمته ، أم هو باق فيطلبه ؟**)[3] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : قد يكون باعه وتلف الثمن أو الثوب في يده تلفاً لا يقتضىٰ تضمينه ، وقد يكون باعه ولم يسلمه ولم يقبض الثمن ، والدعوى المذكورة ليست جامعة لذلك ، والقاضي إنما يسمع الدعوى المردودة حيث اقتضت الإلزام علىٰ كل وجه ، فلو أتىٰ ببقية الاحتمالات .. لم يسمعها الحاكم ؛ لأن فيها ما لا إلزام فيه ، قال : ولم أر من تعرض لذلك[4] .

فصل

[في بيان من يحكم عليه في غيبته وما يذكر معه]

٦٠٥٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٦] : (**وإن ادعىٰ علىٰ غائب**) يقتضي الاكتفاء بمطلق الغيبة ، لكن في « المنهاج » [ص ٥٦٥] : (**الغائب الذي تسمع البينة ويحكم عليه : من بمسافة بعيدة ، وهي التي لا يرجع منها مبكرٌ إلىٰ موضعه ليلاً ، وقيل : مسافة قصر**) ، وفي « الحاوي » [ص ٦٧٧] : (**وعلىٰ غائب فوق العدوىٰ**) ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : اعتبار البعد على اختلاف الوجهين ليس في نصوص الشافعي رضي الله عنه ما يشهد له ، ولم يذكره أحد من العراقيين ولا جماعة من الخراسانيين ، وإطلاق نصوص الشافعي وصريح كلام جمهور أصحابه مخالف لذلك ، ثم بسط

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٥٣٢) ، و« الوجيز » (٢/ ٢٤٤) .

(٢) الوسيط (٧/ ٣٣٠) .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٥) .

(٤) انظر « حاشية الرملي » (٤/ ٣٢٤) .

ذلك ، وتعجب من إهمال الرافعي طريقة العراقيين ، وهي في كتبهم ، حتى « التنبيه » ، ثم قال : **والصواب** جواز القضاء على الغائب عن بلد القضاء مطلقاً ، وليس في الأدلة الشرعية ما يقتضي اعتبار بعد الغيبة ، وما يذكر في التزويج بغيبة الولي والشهادة على الشهادة وكتاب القاضي إلى القاضي فلا يعتمد القياس عليه ؛ لأمور ، ثم قال : وخرج من ذلك انفراد البغوي بهـٰذا ، ولم أقف علىٰ تعليق القاضي حسين في ذلك ، ثم ذكر أن تعبير « المنهاج » غير مستقيم ؛ لأن قوله : (**منها**) يعود على المسافة البعيدة ، والمسافة البعيدة ليست التي لا يرجع **منها** ، بل التي لا يصل إليها ليلاً من خرج بكرة من موضعه إلىٰ بلد الحكم ، فلو قال : (التي لو خرج منها بكرة إلىٰ بلد الحاكم . . لا يرجع إليها ليلاً لو عاد في يومه) . . لكان محصلاً للمقصود .

قلت : لو قال « المنهاج » : (مبكر منها) . . لاستقام ، وهو مراده .

قال شيخنا : وقوله : (**ليلاً**) يريد به : أوائل الليل ، وهو القدر الذي ينتهي به سفر الناس غالبا ، ثم قال : لم يثبتوا مقدار الإقامة في المحاكمة ، وعندي أنه إذا خرج من بلده بكرة واشتغل بالمحاكمة على العادة بحيث لا يتمكن من العود ليلاً علىٰ ما فسرناه . . فهو بمسافة بعيدة عند من اعتبر البعد في الغيبة ؛ لأن الفور من غير نظر إلىٰ زمن المحاكمة على العادة يؤدي إلى الضرر الذي راعوه ، قال : ولم أر من تعرض لذلك[1] .

٦٠٥٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٥] : (**والأظهر : جواز القضاء علىٰ غائبٍ في قصاصٍ وحد قذفٍ**) عبر في « الروضة » بالمشهور[2] ، وبينهما في اصطلاحه تناف .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : من له إسقاط حد القذف باللعان لا يجوز القضاء عليه به في غيبته ؛ لتمكنه من إسقاطه ، والقاضي إنما يقضي بالأمر اللازم ، وهـٰذا ليس بلازم ، ولم أر من تعرض لذلك .

٦٠٥٧ـ قوله : (**ولو سمع بينة علىٰ غائب فقدم قبل الحكم . . لم يستعدها ، بل يخبره ويمكنه من [الجرح]**[3])[4] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ليس فيه التصريح بالمقصود ، وهو توقف الحكم علىٰ إخباره بالشهادة ، وفي « المطلب » : أن حكمه يتوقف علىٰ إعلامه بالشهادة ، وعندي فيما قاله في « المطلب » نزاع ؛ فإن هـٰذا من صور الأعذار ، وهو غير شرط عندنا لصحة الحكم .

قلت : ذاك في غير هـٰذه الصورة ؛ لوقوع الدعوىٰ والبينة في وجه الخصم ، فهو متمكن من

---

(١) انظر « حاشية الرملي » (٤/ ٣٧٠) .

(٢) الروضة (١١/ ١٩٦) .

(٣) في (ب) ، (د) : (جرح) .

(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٥) .

دفعها بالطريق الشرعي ، وأما هنا . . فلا بد منه ؛ لعدم العلم به ، والله أعلم .

وأورد شيخنا أيضاً على « المنهاج » أن محله : إذا لم يتحقق حضوره عند الدعوىٰ ، فإن تحققت . . وجبت الاستعادة ، ولا يحتاج لذلك ؛ فإنه متىٰ تحقق حضوره عند الدعوىٰ . . فليس من هٰذا الباب ولا عبرة بالظن البين خطاؤه ، وقال شيخنا لما ذكر ذلك : لم أر من تعرض له ، والدليل يقضيه .

قلت : في « فتاوى البغوي » : أن القاضي إذا زوج من غاب وليها ثم قدم وليها بعد العقد بحيث يعلم أنه كان قريباً من البلد عند العقد . . لم يصح النكاح ، حكاه في « أصل الروضة » ، وأقره[1] ، وهو من مادة ذلك ، والله أعلم .

٦٠٥٨ـ قوله : (**ولو عُزل بعد سماع بينة ثم وُلِّي . . وجبت الاستعادة**)[2] قيده في « المطلب » بما إذا لم يشهد علىٰ نفسه بالسماع ، فإن أشهد علىٰ نفسه بذلك وقلنا أنه حكم منه بالسماع . . فينبغي أن يعمل بموجبها من غير استعادة إذا قلنا : أن للقاضي أن يقضي بعلمه .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هٰذا مفرع علىٰ أن ذلك حكم منه بالسماع ، **والأرجح** خلافه ، قال : ولو قيد صاحب « المطلب » ذلك بحالة عدم الحكم بقبول البينة . . لكان أليق ؛ فإنه لو حكم بقبول البينة . . لم تجب الاستعادة وإن لم يحكم بالإلزام بالحق ، وحكىٰ في « المطلب » عن الماوردي ما يقتضيه .

٦٠٥٩ـ قولهم : (**وإذا استعدىٰ علىٰ حاضر بالبلد . . أحضره**)[3] استثنىٰ منه السبكي بحثاً من وقعت الإجارة علىٰ عينه وكان يعطل حضوره مجلس الحكم حق المستأجر ، ذكره في التفسير من « شرح المهذب » ، وأخذه من فتوى الغزالي بعدم حبس من وقعت الإجارة علىٰ عينه ، وقال : لا يعترض باتفاق الأصحاب علىٰ إحضار البرزة وإن كانت متزوجة وحبسها ؛ لأن للإجارة أمداً ينتظر ، وقد تقدم ذلك ، وقيده شيخنا في « تصحيح المنهاج بقيدين :

أحدهما : أن لا يعلم القاضي كذبه ، فإن علم كذبه . . لم يحضره ، ولا يتخرج علىٰ خلاف القضاء بالعلم ، بل هو قريب من القضاء علىٰ خلاف العلم .

ثانيهما : أن يلزم الحاكم الحكم بينهما ، فلو استعدىٰ معاهداً علىٰ معاهد . . لم يلزم الحاكم إحضاره كما لا يلزم الحكم ، ثم حكىٰ عن «المحرر» أنه قيده بأن يكون ظاهراً ؛ ليخرج المتواري[4] ، قال :

---

(١) الروضة (٧/ ٧٠) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٥) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٦) ، و« الحاوي » (ص ٦٧٩) ، و« المنهاج » (ص ٥٦٥) .
(٤) المحرر (ص ٤٩٢) .

وينبغي أن يقال : يمكن إحضاره كما في « أصل الروضة » ليخرج المتعزز[1] ، ثم قال شيخنا : لو كان المستعدىٰ عليه من ذوي الهيئات وأراد أن يوكل من يحضر عنه ويحاكم . . فلا توقف في أن الحاكم لا يلزمه الحضور ؛ لما فيه من الضرر ، وهو أكثر من ضرر المخدرة .

٦٠٦٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٥] : (**بدفع ختم طينٍ رطبٍ**) أنكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » وقال : لا أصل له ، ولم يذكره الشافعي .

قلت : والأمر فيه قريب ؛ فإن القصد علامة تدل علىٰ طلب القاضي حضوره ، وقد قال بعده : (**أو غيره**)[2] ولذلك لم يزد « الحاوي » علىٰ إحضاره ، ولم يذكر ما يحضر به[3] .

٦٠٦١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٥] : (**أو بمرتب لذلك**) كذلك يقتضي التخيير بينهما ، والذي في « تعليق الشيخ أبي حامد » : أنه يرسل الختم أولاً ، فإن لم يحضر . . بعث إليه العون .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وفيه مصلحة ؛ لأن الطالب قد يتضرر بأخذ العون أجرته منه .

٦٠٦٢ـ قوله : (**فإن امتنع بلا عذر . . أحضره بأعوان السلطان وعزره**)[4] أي : إذا اثبت عليه ذلك ؛ ولهٰذا قال « التنبيه » [ص ٢٥٦] : (**فإن امتنع . . أشهد عليه شاهدين أنه امتنع ، ثم يتقدم إلىٰ صاحب الشرطة ليحضره**) .

٦٠٦٣ـ قوله : (**وان ادعىٰ علىٰ ظاهر في البلد غائب عن المجلس . . فقد قيل : يسمع البينة عليه ويحكم ، وقيل : لا يسمع**)[5] **الأصح** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[6] .

٦٠٦٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٦] : (**وان استعدىٰ علىٰ غائب عن البلد**) لا يخفىٰ أن محل الإعداء عليه : إذا كان في محل ولايته ، وبه صرح « المنهاج »[7] .

٦٠٦٥ـ قوله : (**أو فيها وله هناك نائب . . لم يحضره ، بل يسمع بينته ويكتب إليه**)[8] أطلق سماع البينة ، ومحله عنده : إذا كان فوق مسافة العدوىٰ ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وما ذكره هنا جار على المعتمد .

---

(١) الروضة (١١/١٩١) .
(٢) المنهاج (ص ٥٦٥) .
(٣) الحاوي (ص ٦٧٩) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٥) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٦) .
(٦) الحاوي (ص ٦٧٧) ، المنهاج (ص ٥٦٥) .
(٧) المنهاج (ص ٥٦٥) .
(٨) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٥) .

٦٠٦٦ـ قوله : (**أو لا نائب . . فالأصح : يحضره من مسافة العدوىٰ فقط**)[1] و« الحاوي » [ص ٦٧٧] : (**ويحضره دونه إن لم يكن ثمَّ قاض**) محل إحضاره : إذا لم يكن هناك من يتوسط بينهما بالصلح ، وقد ذكره « التنبيه » فقال [ص ٢٥٦] : (**وان استعدىٰ علىٰ غائب عن البلد في موضع لا حاكم فيه . . كتب إلىٰ رجل من أهل الستر ليتوسط بينهما**) ، وفي « شرحي التنبيه » لابن يونس وابن الرفعة : أنه يعتبر فيه الصلاحية للقضاء ، والظاهر عدم اشتراطه ؛ ولهـٰذا لم يذكره في « الروضة » وأصلها ، والمراد بأهل الستر الرؤساء وأصحاب المكارم ؛ ولهـٰذا قال : (**ليتوسط**) وما قال : (ليحكم) .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وينبغي أن يقيد أيضاً بما إذا لم يكن للمدعي بينة يقيمها عند القاضي المطلوب منه إحضاره ، فإن كان بحيث يمكن القضاء عليه وفصل القضية . . فلا يجيبه إلى الإحضار ؛ إذ لا معنىٰ له ، وقد سبق في كلام الشيخ أبي حامد ما يقتضي ذلك الإحضار من مسافة العدوىٰ فقط ، **صححه** الإمام والغزالي[2] ، والذي قطع به العراقيون : أنه يحضره قربت المسافة أو بعدت ، وقال الماوردي : هو ما ذهب إليه الأكثرون ، وهو ظاهر النص[3] ، حكاه في « الكفاية » ، ومقتضىٰ كلام « الروضة » وأصلها ترجيحه ؛ لنقله إياه عن العراقيين ، ونقل الأول عن الإمام فقط[4] ، لكنه أشار في « المحرر » و« الشرح الصغير » إلىٰ **ترجيح** الأول[5] ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه مخالف للدليل ؛ فإنا لو لم نحضره له . . لأدىٰ إلىٰ تعطيل حق الطالب ، وإطلاق الآية في إجابة الداعي إلى الحكم دال علىٰ ذلك ، ثم إن الإمام والغزالي لما صححاه . . قيداه بأن يقيم المدعي بينة علىٰ ما يدعيه ، وحكاه في « أصل الروضة » عنهما وعن « العدة » لأنه قد لا يكون للطالب حجة . . فيتضرر المطلوب بالحضور ثم أورد علىٰ ذلك أنه قد لا يكون له حجة ويقصد تحليفه لعله ينزجر ، قال : ولم يتعرض الجمهور لذلك ، وإنما قالوا : يبحث القاضي عن جهة دعواه ؛ فقد يريد مطالبته بما لا يعتقده كذمي أراد مطالبة مسلم بضمان خمر[6] .

وكذا قال في « التنبيه » [ص ٢٥٦] : (**لم يحضره حتىٰ يحقق دعواه**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : فالذي أطلقه « المنهاج » ليس جارياً علىٰ طريقة الإمام ولا طريقة الجمهور .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٥) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٥٣٦) ، و« الوجيز » (٢/ ٢٤٤) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ٣٠٤) .
(٤) الروضة (١١/ ١٩٥) .
(٥) المحرر (ص ٤٩٢) .
(٦) الروضة (١١/ ١٩٥ ، ١٥٦) .

٦٠٦٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٥] : (**وهي التي يرجع منها مبكرٌ ليلاً**) اعترضه في « المهمات » : بأن عبارته تتناول أول الليل ووسطه وآخره ، وليس كذلك ، بل الضابط أن يرجع قبل الليل ، كذا ذكره الأصحاب ، وكذا هو في « أصل الروضة » في النكاح في سوالب الولاية[١] .

قلت : وكذا هو في « أصل الروضة » : في أداء الشهادة[٢] ، وتقدم عن شيخنا الإمام البلقيني أنه قال : (**ليلاً**) يريد به : أوائل الليل ، وهو القدر الذي ينتهي به سفر الناس غالباً ، وقال في موضع آخر من تصحيح « المنهاج » : إن طريقة المراوزة في ذلك مضطربة ، وإن المعتمد فيها أن العدوىٰ هي التي ترجع إلىٰ أهله في يومه .

٦٠٦٨ـ قوله عطفاً علىٰ ما عبَّر فيه بالأصح : (**وأن المخدرة لا تُحضر**)[٣] ظاهره عدم إحضارها ولو لليمين ، وبه صرح « التنبيه » فقال [ص ٢٥٦] : (**فإذا وجب عليها اليمين . . أنفذ إليها من يحلفها**) لكن **الأصح** في « أصل الروضة » في الباب الثالث في اليمين : أنه يغلظ عليها بالمكان ، وتكلف حضور الجامع في **الأصح**[٤] ، وقد يفهم ذلك قول « المحرر » : (**لا تكلف حضورها مجلس الحكم**)[٥] لأن ذلك لا ينافي حضورها موضع التغليظ ؛ لأنه ليس مجلس الحكم .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هـٰذا في غير اللعان ، فأما إذا جاء الزوج وقذفها . . فإن القاضي يحضرها ؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما جاءه هلال بن أمية ، وذكر له عن زوجته ما ذكر ، ونزلت آية اللعان . . قال : « ادعوها » فدعيت ، ولم يسأل أهي مخدرة أم لا ؟ وترك الاستفصال في وقائع الأحوال ينزل منزلة العموم في المقال ، وكأنه قال : ادعوها سواء كانت مخدرة أم غير مخدرة ، وعلىٰ هـٰذا : تحضر مكان التغليظ قطعاً . انتهىٰ .

وقد يفهم من اقتصارهما على المخدرة إحضار البرزة ولو من خارج البلد من غير محرم ولا نسوة ثقات ، **والأصح** : أن القاضي يبعث إليها محرماً أو نسوة ثقات كالحج ، ذكره في « أصل الروضة »[٦] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وعندي لا يتعين البعث ، بل يأمر القاضي بإحضارها مع محرم أو نسوة ثقات ، قال : والمرأة الواحدة هنا كافية للإحضار معها ، بخلاف إيجاب الحج ؛ لتعلق الحق هنا بالآدمي الطالب . انتهىٰ .

---

(١) الروضة (٧/٦٩) .
(٢) الروضة (١١/٢٩٥) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٥) .
(٤) الروضة (١٢/٣٣) .
(٥) المحرر (ص ٤٩٢) .
(٦) الروضة (١١/١٩٦) .

٦٠٦٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٥] : **(وهي من لا يكثر خروجها لحاجات)** كان ينبغي تقييد الحاجات بالمتكررة كما فعل « المحرر »[١] ، فمن تكثر الخروج لحاجات نادرة ؛ [كعزاء][٢] وحمام ونحوهما . . مخدرة في **الأصح** ، قال في « أصل الروضة » : ثم إنما يتحتم حضور المخدرة علىٰ أحد الوجهين للتحليف ، وأما ما عداه . . فيقنع فيه بالتوكيل من المخدرة وغيرها[٣] .

* * *

---

(١) المحرر (ص ٤٩٢) .

(٢) في (د) : (كغزل) .

(٣) الروضة (١١/١٩٨) .

بابُ القِسْمَة

٦٠٧٠- قول « التنبيه » [ص ٢٥٨] : (**ويجوز أن يترافعوا إلى الحاكم لينصب من يقسم بينهم**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٥٦٦] : (**أو منصوب الإمام**) لأن الحاكم أعم منه ، وادعىٰ في « التوشيح » أن عبارة « التنبيه » تتناول قسم الإمام بنفسه ؛ فهي أحسن ؛ لشمولها الإمام ومنصوبه .

وفيه نظر ؛ فهي غير متناولة للإمام ، وهي في ذلك كعبارة « المنهاج » .

نعم ؛ إذا جاز للحكام ـ وأعلاهم الإمام ـ نصب قاسم . . فتعاطيهم ذلك بأنفسهم آكد ، والله أعلم .

٦٠٧١- قول « التنبيه » [ص ٢٥٨] : (**ولا يجوز للحاكم أن ينصب للقسمة إلا حراً ، بالغاً ، عاقلاً ، عدلاً ، عالماً بالقسمة**) أهمل اشتراط كونه ذكراً ، ولا بد منه ، وقد ذكره « المنهاج » ، لكنه لم يذكر البلوغ والعقل ، وكأنه لاندراجهما عنده في العدالة[1] ، وهما مذكوران في « المحرر » و« الروضة » وأصلها عبروا عنهما بالتكليف[2] ، وهو دال علىٰ أن الصبي قد يوصف بالعدالة .

وذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » : أن الذي في « الروضة » أرجح ، وقد يقال : فهم من تعبير « التنبيه » بقوله : (حراً . . . إلىٰ آخره) اعتبار الذكورة ، والعلم بالقسمة يدخل تحته العلم بالمساحة والحساب ، وقد صرح بهما « المنهاج »[3] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : في « الأم » و« مختصر المزني » اعتبار الحساب من غير تعرض للمساحة[4] ، وأراد به : الحساب الذي يحتاج إليه فيما هو بصدده ، ولو اقتصر على المساحة . . لكان كافياً ؛ فإن العلم بالمساحة يستدعي معرفة الحساب المتعلق بها ، وليس علم الحساب مقتضياً لمعرفة المساحة ؛ لما في المساحة من القدر الخاص المتعلق بها ، وفي « الكافي » للروياني بعد ذكر معرفته بذلك : أو يكون إذا فهمه القاضي عرف ، فإن كان فقيهاً . . جاز أن يوليه الأمر ؛ لينفذه باجتهاده ، وإن لم يكن فقيهاً . . فالقاضي يخبره أني حكمت بأن هـٰذه الأرض بينهما علىٰ كذا سهماً ، فاقسمه بينهما هـٰكذا ، ثم يكون وكيلاً للقاضي ، لا متولياً لنفسه انتهىٰ .

وأهملا معاً شرطين آخرين :

أحدهما : كونه نزهاً من الطمع ، صرح باشتراطه الماوردي والبغوي والخوارزمي[5] ، وهو مقتضىٰ قول الشافعي رضي الله عنه في « الأم » : (أقل ما يكون منه أن لا يكون غبياً يُخدع ،

---

(١) المنهاج (ص ٥٦٦) .
(٢) المحرر (ص ٤٩٣) ، فتح العزيز (١٢/ ٥٤٢) ، الروضة (١١/ ٢٠١) .
(٣) المنهاج (ص ٥٦٦) .
(٤) الأم (٦/ ٢١٠) ، مختصر المزني (ص ٣٠٠) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/ ١٩٩) ، و« التهذيب » (٨/ ٢٠٧) .

ولا ممن ينسب إلى الطمع)[1] ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ولا نسلم أن ذكر العدالة يغني عن ذلك .

ثانيهما : كونه عارفاً بالقيمة ؛ ففي « أصل الروضة » : هل يشترط معرفة التقويم ؟ وجهان ؛ لأن في أنواع القسمة ما يحتاج إليه[2] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : المعتمد عندنا الجزم بالاحتياج إلىٰ ذلك في قسمة التعديل والرد ، ولا يعتبر في قسمة الأجزاء .

وقال في « المهمات » : **الراجح** : عدم الاشتراط ؛ فقد جزم باستحبابه البندنيجي والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهم ، فإن لم يكن عارفاً . . سأل من عدلين عن قيمة ما يقسمه إذا احتاج إليه .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لو فتح هـٰذا . . لقيل : لا يشترط معرفة المساحة ويسأل من عدلين ، وهو مخالف لأصل الشافعي في اعتبار علم الحاكم ، ومقتضىٰ كلامهما : عدم اشتراط هـٰذه الأوصاف في منصوبهم ، ولا يخفى اشتراط التكليف فيه ، وأنه لا يشترط فيه الذكورة ولا العدالة ، والمنقول : أنه لا يشترط فيه الحرية أيضاً ؛ لأنه وكيل .

وقال الرافعي : كذا أطلقوه ، وينبغي أن يكون في توكيله في القسمة الخلاف في توكيله في البيع والشراء[3] .

واعترضه في « المهمات » : بأن ذاك الخلاف محله : فيما إذا كان التوكيل بغير إذن السيد ، فليس الخلاف في اشتراط الحرية ، بل في الافتقار إلىٰ إذن السيد ، وكذا في « التوشيح » .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهـٰذا الاعتراض مردود ؛ فإن الخلاف موجود فيما إذا أذن السيد أيضاً ، قال : والذي يقال في رد هـٰذا البحث أن القسمة إذا قلنا : إنها بيع . . فالقاسم ليس بائعاً قطعاً ، وإنما التبايع بين الشريكين اللذين وقعت القسمة بينهما ؛ فلذلك صح دخول العبد في ذلك قطعاً .

ثم قال في « المهمات » : علل الرافعي هناك عدم الجواز بتعلق العهدة بالعبد ، والظاهر أن ذلك المعنىٰ لا يأتي هنا .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وينبغي أن يشترط في منصوبهم الرشد ، فلا يصح صدور القسمة من المحجور عليه بالسفه . انتهىٰ .

---

(١) الأم (٦/٢١٠) .

(٢) الروضة (١١/٢٠١) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (١٢/٥٤٢) .

وكل هٰذا في الوكيل ، فلو حكموا رجلاً فيها . . ففيه الخلاف في التحكيم ، فإن جوزناه . . فهو كمنصوب القاضي ، جزم به في « أصل الروضة »[1] ، ويفهم منه البطلان إذا لم نجوز التحكيم ، وليس كذلك ، بل يصح ويكون وكيلاً حتىٰ لا تشترط فيها العدالة ، قاله في « الشرح الصغير » ولعل سقوطه في « الكبير » من ناسخ .

٦٠٧٢ـ قولهم : (**فإن كان فيها تقويم . . وجب قاسمان**)[2] محله : ما إذا لم يكن حاكماً في التقويم بمعرفته ، فإن حكم . . فهو كقضائه بعلمه ، **والأصح** : جوازه ، وقيل : لا يجوز هنا أن يقضي بعلمه قطعاً ؛ لأنه تخمين مجرد ، وسنعيد هٰذا .

٦٠٧٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٨] : (**فإن لم يكن في القسمة تقويم . . جاز قاسم واحد**) وكذا قال في « المنهاج » [ص ٥٦٦] : (**وإلا . . فقاسم ، وفي قول : اثنان**) فمشىٰ علىٰ طريقة القولين في ذلك، وكذا في «المحرر»[3]، **ورجح في** «أصل الروضة» القطع ، فقال : كفىٰ قاسم **على المذهب**، وقيل : قولان ، ثانيهما : اثنان[4] ، وعبارة الرافعي : قولان ، **أصحهما** : يكفي واحد ، ولم يجب المعظم إلا به ، وقطع به قاطعون[5] ، وعبارة « الشرح الصغير » : وبه قطع بعضهم .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : نص في « الأم » علىٰ أنه لا بد من اثنين ، ولم نجد له نصاً صريحاً يخالفه ، **فهو الأصح** ، وقال القاضي حسين : إن القول بجواز واحد مخرج ، قال شيخنا : والذين أجابوا بجواز واحد لم يقفوا على النص ، ومحل ذلك : في منصوب الإمام ، فأما منصوب الشركاء . . فيجوز أن يكون واحداً قطعاً كما في « أصل الروضة »[6] .

٦٠٧٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٨] : (**وان كان فيها خرص . . ففيه قولان ، أحدهما : يجوز واحد ، والثاني : لا يجوز إلا اثنان**) **الأصح** : جواز واحد ، وهو مقتضىٰ كلام « المنهاج » و« الحاوي »[7] ، وهو نظير ما صححه الرافعي في الزكاة .

٦٠٧٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٦] : (**وللإمام جعل القاسم حاكماً في التقويم فيعمل فيه بعدلين ، ويقسم**) يقتضي أنه لا يعمل فيه بعلمه ، وبه قال بعضهم ، **والأصح** : أن فيه خلاف القضاء بالعلم كما تقدم .

---

(١) الروضة (١١/٢٠١) .
(٢) انظر « التنبيه » (٢٥٨) ، و« الحاوي » (ص ٦٩٤) ، و« المنهاج » (ص ٥٦٦) .
(٣) المحرر (ص ٤٩٣) .
(٤) الروضة (١١/٢٠١) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٢/٥٤٢) .
(٦) الروضة (١١/٢٠١) .
(٧) الحاوي (ص ٦٩٤) ، المنهاج (ص ٥٦٦) .

٦٠٧٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٨] : (**وأجرة القاسم في بيت المال**) محله : فيما إذا نصبه الحاكم ، فأما الذي نصبه الشركاء . . فأجرته عليهم ؛ ولهٰذا قال « المنهاج » [ص ٥٦٦] : (**ويجعل الإمام رزق منصوبه من بيت المال**) وقول « الحاوي » [ص ٦٩٤] : (**وأجره بالحصَصِ**) محمول علىٰ غير منصوب الإمام ، أو علىٰ ما إذا لم يكن في بيت المال لذلك شيء ، وإذا لم يكن في بيت المال رزق لذلك . . فلا ينصب الإمام قاسماً معيناً ، بل يدع الناس يستأجرون من شاؤوا ؛ لئلا يغالي المعين في الأجرة ، أو يواطئه بعضهم فيحيف ، كذا في « أصل الروضة »[1] .

فيحتمل أنه حرام ، وبه صرح القاضي حسين ؛ وأنه مكروه ، وبه قال الفوراني .

واستثنىٰ شيخنا في « تصحيح المنهاج » من قولهم : (إن الأجرة على الشركاء عند عدم بيت المال) مسألتين لا أجرة فيهما :

إحداهما : إذا طلب من منصوب القاضي القسمة ، فقسم من غير تسمية أجرة . . فلا أجرة له في **الأصح** ، كما عرف ذلك في الإجارة في دفع ثوب إلىٰ قصار ونحوه ، وذكر الماوردي في « الحاوي » فيما إذا لم يجر للأجرة ذكر ؛ إن أمر بها الحاكم . . وجب للقاسم أجرة مثله ، وإلا . . ففيه الخلاف في مسألة القضاء[2] ، وقال شيخنا : **والأرجح** عندنا : أنه لا أجرة له في هٰذه الحالة خلافاً للماوردي ، وقد أطلق الروياني في « الكافي » الخلاف من غير تقييد بما ذكره الماوردي ، قال شيخنا : ولو جرىٰ ذكر الأجرة من بعضهم دون بعض . . لزم الذاكر ما خصه ، ويخرج في حق غيره على الخلاف ، ولم أر من تعرض لذلك .

الثانية : إذا طلب شريك الطفل القسمة حيث لا غبطة للطفل فيها ، وأجيب إليها ، وفرعنا علىٰ عدم اختصاص الأجرة بالطالب . . **فالأصح** في « أصل الروضة » : إخراج حصة الطفل من ماله[3] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٩٤] : (**ولا ينفرد شريك ، حتى الطفل بلا غبطةٍ إن طولب**) .

ونازع فيه شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : إن الشافعي توقف في ذلك ، فقال في « الأم » : (وإن في نفسي من الجُعْل على الصغير وإن قل شيئاً ، إلا أن يكون ما يستدرك له بالقسم أغبط له مما يخرج من الجعل ، فإن لم يكن كذلك . . كان في نفسي من أن أجعل عليه شيئاً وهو مما لا رضا له شيء)[4] ، **وصحح** الفوراني : أن الأجرة في هٰذه الصورة على **الشريك** ؛ لأنه هو الذي حمل القيم على القسمة من غير غبطة ، وجزم به في « العدة » .

---

(١) الروضة (١١/ ٢٠١) .

(٢) الحاوي الكبير (١٦/ ٢٤٧ ، ٢٤٨) .

(٣) الروضة (١١/ ٢٠٣) .

(٤) الأم (٦/ ٢١٢ ، ٢١٣) .

وقال الروياني في « البحر » : إنه اختيار أكثر أصحابنا بخراسان ، قال شيخنا : والمعتمد عندنا الوقف علىٰ إيجاب الأجرة في مال الصبي في هـٰذه الحالة ، قال : والمحجور عليه بسفه كالصغير ، وأما الغائب . . فيجعل الأجرة المختصة بنصيبه في ماله وإن لم يكن له فيه غبطة ، قال : ويحتمل أن يقول للطالب : إن قمت بالأجرة . . قسمت لك ، وإلا . . فلا .

قلت : ويقسم القاضي على الغائب في قسمة الإجبار ، صرح به في « أصل الروضة » في الشفعة .

قال شيخنا : ولو كان الشريك في ذلك بيت المال . . قسم وجعل الأجرة المختصة بنصيبه علىٰ بيت المال ، قال : وأما قسمة الوقف عن الطلق حيث أجبرنا عليها وكان على الوقف ضرر في ذلك . . **فالأرجح** : أنه لا يعطي القاسم من الوقف شيئاً كما في الصغير والمجنون ، قال : ولم أر من تعرض لذلك .

٦٠٧٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٦] : (**فإن استأجروه وسمىٰ كل قدراً . . لزمه**) و« الحاوي » [ص ٦٩٤] : (**وإن استؤجر مسمىٰ كل**) محله : ما إذا استأجروه جميعاً ؛ بأن قالوا : استأجرناك لتقسم بيننا كذا بدينار علىٰ فلان ودينارين علىٰ فلان مثلاً ، أو وكلوا وكيلاً عقد لهم كذلك ، أما لو استأجروا في عقود مترتبة . . فعقد واحد لإفراز نصيبه ، ثم الثاني كذلك ، ثم الثالث ، فجوزه القاضي حسين ، وأنكره الإمام ، وقال : لا سبيل إلى استقلال بعضهم بالاستئجار لإفراز نصيبه ؛ لأن فيه تصرفاً في نصيب غيره بالتردد والتقدير ، قال : فإن انفرد بعضهم برضاهم . . كان أصلاً ووكيلاً ، ولا حاجة حينئذ إلىٰ عقد الباقين ، فإن فصل ما علىٰ كل واحد بالتراضي . . فذاك ، وإلا . . جاء الخلاف في كيفية التوزيع[1] .

ومشى « الحاوي » علىٰ كلام الإمام فقال [ص ٦٩٤] : (**ولا ينفرد شريك**) .

وفي « المهمات » : أن المعروف ما قاله القاضي ، وحكاه في « الكفاية » عن الماوردي والبندنيجي وابن الصباغ وغيرهم ، وأنهم نفوا الخلاف فيه عندنا ، قال : وعليه نص الشافعي .

قال في « المهمات » : ومحل المنع عند الإمام في غير صورة الإجبار كما صرح به في « النهاية » .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأرجح** عندنا : ما ذكره الإمام ، وقد ذكر القاضي أبو الطيب ما صوره الإمام ، قال : ولا يخالفه ما في « المطلب » عن الماوردي والبندنيجي وابن الصباغ وغيرهم من إطلاق الجواز ؛ فإنه محمول علىٰ ما إذا استأجروه دفعة واحدة ، أو انفرد واحد

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٥٤٢ ، ٥٤٣) ، و« فتح العزيز » (١٢/ ٥٤٤ ، ٥٤٥) ، و« الروضة » (١١/ ٢٠٢) .

بالاستئجار في حصة نفسه بإذن الباقين ، أو علىٰ صورة الإجبار ، قال : وفي « البحر » : لو قال : أجرت نفسي منك لأفرز نصيبك وهو النصف من هـٰذه الدار علىٰ كذا . . صح إن رضي الباقون بالقسمة ، أو كانت بحيث لا يحتاج إلىٰ رضاهم ، فأما حيث يحتاج إلى الرضا ولم يرضوا بعد . . فعقده فاسد .

٦٠٧٨ـ قولهم ـ والعبارة لـ « المنهاج » ـ : (وإلا . . **فالأجرة موزعة على الحصص**)[١] يستثنىٰ منه : قسمة التعديل . . **فالأصح** في « أصل الروضة » : أنها لا توزع فيها علىٰ قدر الحصص في الأصل ، بل بحسب المأخوذ قلة وكثرة[٢] ، فإذا كانت الشركة في أرض نصفين وعدل ثلثها بثلثيها . . فالصائر إليه الثلثان يعطىٰ من أجرة القسام ثلثيها ، والآخر يعطىٰ ثلثها ، لكن **رجح** شيخنا في « تصحيح المنهاج » : أن كلاً منهما يعطى النصف .

٦٠٧٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٦] : (**وفي قول : على الرؤوس**) تبع « المحرر » في المشي علىٰ طريقة القولين[٣] ، لكن **رجح** في « أصل الروضة » طريقة القطع ، فقال : **المذهب** : بقدر الحصص ، وقيل : قولان[٤] ، ثانيهما : علىٰ عدد الرؤوس ، ولم يرجح في « الشرحين » واحدة من الطريقين .

وذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » : أن الأمر كما في « الروضة » فإن الشافعي لم يرفض القول بالتوزيع علىٰ عدد الرؤوس ؛ ولهـٰذا اقتصر المزني في « المختصر » علىٰ ذكر التوزيع علىٰ قدر الحصص ، وعلىٰ ذلك جرى العراقيون والماوردي ، وفي « الكفاية » : أن **الأصح** باتفاق الأصحاب : طريقة القطع ، وهو متعقب ؛ فإن مقتضىٰ كلام المراوزة ترجيح طريقة القولين .

٦٠٨٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٨] : (**وإن كان عليهما ضرر ؛ كالجواهر والثياب المرتفعة والرحا والبئر والحمام الصغير . . لم يجبر الممتنع**) يقتضي اعتبار مطلق الضرر ، وعبارة « المنهاج » [ص ٥٦٦] : (**ما عظم الضرر في قسمته**) وهي تقتضي اعتبار زيادة علىٰ مطلق الضرر ، وكذا عبر به في « الروضة » وأصلها[٥] .

وقول « التنبيه » [ص ٢٥٨] : (**كالجواهر**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٥٦٦] : (**كجوهرة وثوب نفيسين**) لاقتضائه تخصيص المنع من قسمة الجوهرة بما إذا كانت نفيسة ، وليس كذلك ، فلو كانت جوهرة غير نفيسة من بلور أو زجاج . . لم يجبر القاضي علىٰ قسمتها .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٨) ، و« الحاوي » (ص ٦٩٤) ، و« المنهاج » (ص ٥٦٦) .
(٢) الروضة (١١/ ٢١٠ ، ٢١١) .
(٣) المحرر (ص ٤٩٣) .
(٤) الروضة (١١/ ٢٠٢) .
(٥) فتح العزيز (١٢/ ٥٤٦) ، الروضة (١١/ ٢٠٣) .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ومن صرح بالزجاج الفوراني في العمد ، وهو ظاهر ؛ لحصول الضرر من الجانبين .

وقول « المنهاج » [ص ٥٦٦] : (**وزوجي خف**) نازع فيه شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : ينتفع بفرد الخف ؛ بأن يكون عنده فرد آخر أو يستعمل له فرداً آخر ، أو يكون أقطع الرجل الواحدة.. فينتفع بما صار إليه في الباقية ، قال : ولم أجد للرافعي شاهداً من نص الشافعي ولا سالفاً في ذلك في الطريقين ، ونص « الأم » و« المختصر » شاهد لما قلناه ؛ فإنه قال : (فإن كان ما تداعوا إليه يحتمل القسم حتىٰ ينتفع واحد منهم بما يصير إليه مقسوماً.. أجبرتهم على القسمة)[١] وجزم في « أصل الروضة » بصحة بيع أحد زوجي الخف وإن نقصت قيمتهما بتفريقهما ، قال شيخنا : ويتخرج في الثوب النفيس مثل ذلك إذا كانت العادة مستمرة بقطعه علىٰ وجه يحصل لكل واحد منهما بما صار إليه منفعة ، فأجبر علىٰ قسمته ، وإن لم يصح بيعه للضرر الحاصل للشريك ، بخلاف البيع ؛ فإنه يمكن صاحبه بيع كله ، ثم قال : فإن قيل : لا يجد من يشتري كله ، ويحتاج لثمن بعضه لنفقته ، أو نفقة من تلزمه نفقته.. قلنا : إذا وصل الحال إلىٰ هـٰذا.. قضيت بصحة البيع . انتهىٰ .

وقد تفهم عبارة « التنبيه » الجواز عند الرضا ، وهو كذلك إذا قسموا بأنفسهم ، ولم تبطل منفعته بالكلية ، وإنما نقصت ، وقد ذكره « المنهاج » فقال [ص ٥٦٦] : (**ولا يمنعهم إن قسموا بأنفسهم إن لم تبطل منفعته كسيف يكسر**) قال في « المهمات » : وهو مشكل ؛ لأنه إن لم يكن حراماً.. لم يمتنع على القاضي ذلك ، وإن كان حراماً.. فليس له التمكين منه ، قال : ويتفرع علىٰ ما ذكره فرعان فيهما نظر :

أحدهما : لو كان القاضي أحد الشريكين .

والثاني : لو فوضا القسمة إلىٰ ثالث.. فهل يكون كالقاضي أم لا ؟ .

٦٠٨١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٦] : (**فإن أمكن جعله حمامين.. أجيب**) أي : وإن احتيج إلىٰ إحداث بئر ومستوقد في **الأصح** ، كما صححه في « أصل الروضة »[٢] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأصح** عندي : أنه لا إجبار ؛ لحصول الضرر الذي يحتاج إلىٰ إحداث بئر ومستوقد إذا كان هو المطلوب ، فإن كان هو الطالب للقسمة.. أجبرت الممتنع ، فإن تردد الحال بين أن يحصل ذاك للطالب أو المطلوب.. لم أجبر على القسمة ؛ لأنه ربما وقع الضرر ، فلا أجيب إلىٰ ما يوصل إليه ، فلو أمكن جعل نصيب منه وهو الأكثر حماماً دون

---

(١) الأم (٦/٢١٣) ، مختصر المزني (ص ٣٠١) .
(٢) الروضة (١١/٢٠٣) .

الآخر ؛ فإن طلب صاحب الأكثر القسمة . . أجيب ، أو صاحب الأقل . . فلا ؛ قال : ولم أر من تعرض لذلك ، وما ذكروه في عشر دار لا يصلح للسكنىٰ شاهد له . انتهىٰ .

وقد يقال : إن عبارة « المنهاج » تقتضي الامتناع عند الاحتياج إلىٰ إحداث بئر ومستوقد ؛ لتوقفه علىٰ شيء آخر ، وهو الذي ذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » .

٦٠٨٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٦] : (**ولو كان له عشر دار لا يصلح للسكنىٰ والباقي لآخر . . فالأصح : إجبار صاحب العشر بطلب صاحبه دون عكسه**) هو مثال لقول « التنبيه » [ص ٢٥٨] : (**وإن كان علىٰ أحدهما ضرر ؛ فإن كان على الطالب . . لم يجبر الممتنع ؛ وإن كان على الممتنع . . فقد قيل : لا يجبر ، وقيل : يجبر وهو الأصح**) ومقتضىٰ كلامهما : أن الخلاف وجهان ، وليس كذلك ، **بل المصحح منصوص** في « الأم » و« المختصر »[(١)] ، ومحل عدم الإجبار في عكسه : ما إذا لم يكن لصاحب العشر مكان يضمه إلىٰ عشرة ، فإن كان بحيث يصلح المجموع للسكنىٰ . . أجيب إلى القسمة ؛ لانتفاء التعنت في طلبه ، ذكره البغوي في « التهذيب »[(٢)] ، علىٰ أن شيخنا في « تصحيح المنهاج » نازع في عدم الإجبار في عكسه ، وقال : إنه مخالف لمقتضىٰ إطلاق نص « الأم » و« المختصر » ، ولفظه : (فإن كان ما تداعوا إليه يحتمل القسم حتىٰ ينتفع واحد منهم بما يصير إليه مقسوماً . . أجبرتهم على القسمة)[(٣)] .

قال شيخنا : وعلة ذلك أن له مقصداً في تميز ملكه وإراحته من شريكه ، وهـٰذا مقصد حسن ، فينبغي أن يجاب إليه .

٦٠٨٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٧] : (**ثم يخرج من لم يحضرها**) كذا هو في النسخ بضمير الإفراد ، وفي « الروضة » : من لم يحضر الكتابة والإدراج[(٤)] ، فكان ينبغي أن يقول هنا : (من لم يحضرهما) وعبارة « المحرر » : (من لم يحضر هنالك)[(٥)] ، وعبارة « التنبيه » [ص ٢٥٩] : (**لم يحضر ذلك**) وعبارة « الحاوي » [ص ٦٩٦] : (**ويخرج غائب**) ثم قال : (**وطفل أولىٰ**) .

٦٠٨٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٧] : (**فإن اختلفت الأنصباء ؛ كنصف وثلث وسدس . . جُزِّئت الأرض علىٰ أقل السهام وقُسِّمت كما سبق**) يقتضي التخيير بين كتابة أسماء الشركاء وكتابة الأجزاء ، ولكن **المصحح** كتابة أسمائهم دون كتابة الأجزاء ؛ ولهـٰذا قال « التنبيه » [ص ٢٥٩] : (**ولا يخرج السهام على الأسماء في هـٰذا القسم**) و« الحاوي » [ص ٦٩٥ ، ٦٩٦] : (**كُتِبَتْ أو الشركاء والعبيد**

---

(١) الأم (٦/٢١٣) ، مختصر المزني (ص ٣٠١) .
(٢) التهذيب (٨/٢٠٨) .
(٣) الأم (٦/٢١٣) ، مختصر المزني (ص ٣٠١) .
(٤) الروضة (١١/٢٠٤) .
(٥) المحرر (ص ٤٩٤) .

والشركاء إن اختلفت الأنصباء) لكن **الأصح** : أن ذلك ليس على الوجوب ، بل الأولوية ؛ لأنه لو كتب الأجزاء وأخرجها على السهام . . فربما خرج لصاحب السدس الجزء الثاني أو الخامس ، فيفرق ملك من له النصف أو الثلث .

فيحتمل أن « المنهاج » احترز عن هٰذا بقوله [ص ٥٦٧] : (**ويحترز عن تفريق حصة واحد**) فأراد بذلك : تعين كتابة الأسماء لا الأجزاء ، ويحتمل خلافه ؛ لأن الاحتراز عن التفريق طريقاً آخر ذكره القائل بجواز كتابة الأجزاء ، وهو أن لا يخرج اسم صاحب السدس أولاً ؛ فإن التفريق إنما جاء من قبله .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : الذي عندنا أن الخلاف في الجواز لإفضاء ذلك إلى النزاع ثم بسط ذلك ، ثم قال : وظهر من ذلك أن المتعين في هٰذا الباب القطع بكتابه أسماء الشركاء ، وأنه لا يجوز العدول إلىٰ كتابة الأجزاء .

٦٠٨٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٩] : (**وإن كانت الأنصباء مختلفة ؛ مثل أن يكون لواحد السدس وللثاني الثلث وللثالث النصف . . قسمها علىٰ أقل الأجزاء ، وهي ستة أسهم ، وكتب أسماء الشركاء في ست رقاع ؛ لصاحب السدس رقعة ، ولصاحب الثلث رقعتان ، ولصاحب النصف ثلاث رقاع**) ثم قال : (**وقيل : يقتصر علىٰ ثلاث رقاع**) ، قال في « أصل الروضة » بعد حكاية الوجهين : **الوجه** تجويز كل واحد منهما . انتهىٰ[1] .

وقد يفهم الوجه الثاني من قول « المنهاج » [ص ٥٦٧] : (**كما سبق**) فإن الذي سبق : أنه يكتب في كل رقعة اسم شريك .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : عندنا أن كتابة الأسماء في ست رقاع لا يجوز ؛ لأن اسم زيد يكون أسرع خروجاً ، فيؤدىٰ إلىٰ عدم التساوي في القرعة ، وقول الرافعي والنووي : (إن سرعة الخروج لا توجب حيفاً ؛ لأن السهام متساوية)[2] يقال عليه ، فلم يكن حينئذ حاجة إلى القرعة ، بل يقول القاسم : هٰذه الثلاثة لزيد وهٰذان لعمرو وهٰذا لبكر ؛ لأن السهام متساوية ، فلما عدل إلى القرعة للتسوية وطيب النفوس بها . . وجبت التسوية ما أمكن . انتهىٰ .

واعلم : أن إخراج الرقاع على الوجه المذكور لا يختص بقسمة المتشابهات ، بل يأتي في قسمة التعديل إذا عدلت الأجزاء بالقيمة ، وكلام « التنبيه » يدل علىٰ ذلك فقال [ص ٢٥٩] : (**ومتىٰ أراد القاسم . . أن يقسم عدل السهام ؛ إما بالقيمة إن كانت مختلفة ، أو بالأجزاء إن كانت غير مختلفة ، أو بالرد إن كانت القسمة تقتضي الرد**) ثم ذكر كيفية القرعة ، وكذا « الحاوي » فقال [ص ٦٩٤ ، ٦٩٥] :

---

(١) الروضة (١١/٢٠٦) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (١٢/٥٤٨) ، و« الروضة » (١١/٢٠٦) .

(**بأجزاء متساوية الصفة ، ثم القيم**) ثم ذكر كيفية القرعة .

٦٠٨٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٧] : (**الثاني : بالتعديل كأرض تختلف قيمة أجزائها بحسب قوة إنبات وقرب ماءٍ**) قد يفهم أن اختلاف الجنس كبستان بعضه نخل وبعضه عنب ليس كذلك ، فكان التمثيل بهـٰذا أولىٰ من المثال الذي ذكره ؛ لكونه يفهم منه بطريق الأولىٰ .

٦٠٨٧ـ قوله : (**ويجبر عليها في الأظهر**)[١] كذا في « الشرح الصغير » ، وعبارة « المحرر » : (رجح منهما الإجبار)[٢] وعبارة « الروضة » وأصلها : **أظهرهما عند العراقيين** وغيرهم : نعم[٣] ، وهو مقتضىٰ إطلاق « التنبيه » الإجبار حيث لا يكون علىٰ واحد منهما ضرر[٤] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٩٤ ، ٦٩٥] : (**ويجبر إن قسم بأجزاء متساوية الصفة ، ثم القيم**) ورجح شيخنا في « تصحيح المنهاج » : القطع بذلك تبعاً للشيخ أبي حامد وغيره ، واستثنىٰ في « حواشي الروضة » : ما إذا كانت الشركة في أشجار نابتة في أرض مستأجرة بين الشريكين ، أو محتكرة وهما في المنفعة علىٰ نسبة حقهما في الملك ، وكانت الأشجار لا تقسم إلا بالتعديل ، قال : فأفتيت بأنه لا إجبار حينئذ ؛ لأنه قد يؤدي إلىٰ أن تقع أشجار أحد الشريكين في الأرض التي بينه وبين الآخر ، وذلك محذور . انتهىٰ .

قال الرافعي : ويشبه أن يخص الخلاف بما إذا لم يمكن قسمة الجيد وحده والرديء وحده ، فإن أمكن . . لم يجبر علىٰ قسمة التعديل ؛ كأرضين يمكن قسمة كل منهما بالأجزاء لا يجري الإجبار فيهما بالتعديل[٥] ، وقال في « المهمات » : ما بحثه جزم به جماعة كثيرة ، منهم الماوردي والروياني وصاحبا « المهذب » و« البيان » .

٦٠٨٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٨] : (**وإن كان بينهما دور ودكاكين وأراض في بعضها شجر وبعضها بياض ، وطلب أحدهما أن يقسم أعياناً بالقيمة ، وطلب الآخر قسمة كل عين . . قسمت كل عين**) و« المنهاج » [ص ٥٦٧] : (**ولو استوت قيمة دارين أو حانوتين فطلب جَعْلَ كلٍّ لواحدٍ . . فلا إجبار**) و« الحاوي » [ص ٦٩٦] : (**في عقار**) فإنه يشعر بتنكيره بالإفراد ، وأن الإجبار إنما يكون في عقار واحد لا في عقارين .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : يستثنىٰ من الدارين : ما إذا كانت الداران لهما بملك القرية المشتملة عليهما ، وشركتهما بالنصف ، وملكا قسمة القرية ، واقتضت القسمة نصفين جعل كل دار

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٧) .
(٢) المحرر (ص ٤٩٤) .
(٣) فتح العزيز (١٢/٥٥٣) ، الروضة (١١/ ٢١٠) .
(٤) التنبيه (ص ٢٥٨) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٢/٥٥٣) .

نصيباً . . فإنه يجبر علىٰ ذلك ، وهـٰذا خارج من كلام الماوردي في صورة القرية ، ومن الحانوتين مسألة العضائد المذكورة بعده .

٦٠٨٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٨] : (**وإن كان بينهما عضائد صغار متلاصقة ، وطلب أحدهما قسمتها أعياناً وامتنع الآخر . . فقد قيل : يجبر ، وقيل : لا يجبر**) **الأصح** : الإجبار ، ذكره في « أصل الروضة » ، وقال : صور الجمهور المسألة بأن لا يحتمل كل منهما القسمة ، وهو الصواب ، وصورها صاحب « المهذب » بما إذا احتمل كل منهما القسمة[١] .

قال الجيلي : ومحلهما إذا لم تنقض القسمة ، وإلا . . لم يجبر جزماً .

٦٠٩٠ـ قوله : (**وإن كان بينهما عبيد أو ماشية أو ثياب أو أخشاب وطلب أحدهما قسمتها أعياناً وامتنع الآخر . . فالمذهب : أنه يجبر الممتنع**)[٢] محله : ما إذا كان ذلك من نوع ، فإن كان من نوعين . . فلا إجبار ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٥٦٧] : (**أو عبيدٍ أو ثيابٍ من نوعٍ . . أجبر**) و« الحاوي » [ص ٦٩٦] : (**ومنقولات نوع**) .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : جزمه هنا مع حكاية الخلاف في الأرض المختلفة يقتضي القطع ، وليس كذلك ، بل الخلاف في الأرض المختلفة جار هنا بطريق الأولىٰ ، ولكن الحكم الذي في الدارين من عدم الإجبار لا يأتي هنا ؛ لشدة اختلاف الأغراض في الدارين ، بخلاف العبيد والثياب ، واعتقد في « الروضة » أن مسألة العبيد والثياب **المذهب فيها** من الأصل : القطع بالإجبار[٣] ، وليس كذلك ، بل هو مفرع على الإجبار في الأرض المختلفة وعدم الإجبار في الدارين . انتهىٰ .

ويستثنىٰ من صورتي العبيد والثياب وما معهما : ما تباينت فيها القيم بحيث لا يمكن تعديل إلا ببقية تبقي الشركة فيها ؛ كعبدين بين اثنين قيمة أحدهما نصف الآخر ، فطلب أحدهما القسمة ؛ ليختص من خرجت له قرعة الخسيس به ويبقىٰ له ربع الآخر . . فإنه لا إجبار في ذلك على **المذهب** ، وتناول كلامهما ما إذا لم تمكن التسوية عدداً ، كثلاثة أعبد بين اثنين سواء ، قيمةُ أحدهم كالآخرين ، وهو مقتضىٰ كلام الرافعي والنووي[٤] ، لكن في « الكفاية » عن الأكثرين : المنع .

٦٠٩١ـ قوله : (**أو نوعين . . فلا**)[٥] أي : فأكثر ، فلو قال : (أو أكثر) . . لكان أشمل ،

---

(١) الروضة (١١/ ٢١١) ، وانظر « المهذب » (٢/ ٣٠٧) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٨ ، ٢٥٩) .
(٣) الروضة (١١/ ٢١٢) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٥٥٤) ، و« الروضة » (١١/ ٢١٢) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٧) .

وإذا امتنع ذلك في نوعين ؛ كتركي وهندي . . ففي الجنسين كالعبد والثوب أولىٰ ، وصرح بهما في « المحرر »[1] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : يتناول كلامه إذا كانت العبيد أو الثياب من نوعين ومنها من كل نوع متعدد أو من نوع متعدد ، وهـٰذه الصورة يجبر فيها علىٰ قسمة المتعدد من النوع بالتعديل الذي لا يبقىٰ معه بقية شركة .

٦٠٩٢ـ قوله : (**الثالث : بالرد ؛ بأن يكون في أحد الجانبين بئر أو شجر لا يمكن قسمته ، فيرد من يأخذه قسط قيمته**)[2] أحسن من قول « المحرر » و« الروضة » وأصلها : تلك القيمة[3] ؛ فإنه لا يردها كلها ، وإنما يرد قسط الزيادة ، فعبارة « المحرر » خطأ إن لم تؤول .

٦٠٩٣ـ قولهم : (**إن قسمة الرد بيع**)[4] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : يستثنىٰ منه : القدر الذي لم يحصل في مقابله رد ؛ فإن الذي له منه بطريق الإشاعة لم يقع عليه بيع ؛ فإنه لو كان مبيعاً . . لكان كل واحد منهما بائعاً ملكه وملك غيره بملكه وملك غيره ، فيكون من تفريق الصفقة ، ولم يقله أحد ، وقد ذكر ذلك في « أصل الروضة » في قسمة الأجزاء تفريعاً علىٰ أنها بيع[5] .

٦٠٩٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٧] : (**وإن لم يكن فيها رد . . ففيه قولان) الأظهر** : أن قسمة التعديل بيع ، وقسمة الأجزاء إفراز ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٥٦٧] : (**وكذا التعديل على المذهب ، وقسمة الأجزاء إفراز في الأظهر**) و« الحاوي » فقال [ص ٦٩٨] : (**وغير الأول بيع**) وعبارة « المحرر » في **ترجيح** أن قسمة الأجزاء إفراز : ذكر أن الفتوىٰ عليه[6] ، وأشار بذلك إلىٰ قول صاحب « العدة » إن الفتوىٰ عليه ، ونقل الرافعي تصحيحه في « الشرحين » عن الغزالي في كتاب الرهن ، قال الرافعي : ويوافقه جواب الأصحاب في مسائل متفرقة تتفرع على القولين[7] .

قال النووي : **فالمختار** ترجيحه[8] ، ونقل الرافعي هنا تصحيح مقابله عن البغوي وآخرين[9] ، **وصححه** في باب الربا والزكاة ، وتبعه النووي فيهما[10] ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » :

---

(١) المحرر (ص ٤٩٤) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٧) .
(٣) المحرر (ص ٤٩٤) ، فتح العزيز (١٢/٥٥٦) ، الروضة (١١/٢١٤) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٧) ، و« الحاوي » (ص ٦٩٨) ، و« المنهاج » (ص ٥٦٧) .
(٥) الروضة (١١/٢٠٩) .
(٦) المحرر (ص ٤٩٤) .
(٧) فتح العزيز (١٢/٥٥٧ ، ٥٥٨) .
(٨) انظر « الروضة » (١١/٢١٤) .
(٩) فتح العزيز (١٢/٥٥٧) .
(١٠) انظر « فتح العزيز » (٣/٦٤) ، (٤/٨٢) ، و« الروضة » (٢/٢٣٩) ، (٣/٣٨٣) .

[والأرجح][1] : أنها إفراز ، قال : ومحله إذا جرت إجباراً ، فإن جرت بالتراضي . . فبيع قطعاً .

٦٠٩٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٧] : (**ويشترط في الرد الرضا بعد خروج القرعة**) يفهم أنه لا خلاف فيه ؛ لجزمه به مع حكاية الخلاف في الصورة التي بعده ، وليس كذلك ، وقد حكى « التنبيه » الخلاف فيه فقال [ص ٢٥٨] : (**وقيل : لا يعتبر التراضي بعد خروج القرعة**) .

٦٠٩٦ـ قوله : (**وإن لم يكن فيها رد ؛ فإن تقاسموا بأنفسهم . . لزم ذلك بإخراج القرعة**)[2] اعترضه شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » فقال : **الأصح** : اشتراط التراضي بعد خروج القرعة إذا تقاسموا بأنفسهم قسمة لا رد فيها ، علىٰ عكس ما في « التنبيه »[3] .

وقال في « التنقيح » : إنه مخالف لما في كتب الرافعي والنووي كلها ؛ فإن **الأصح** في « الشرح » و« المحرر » و« الروضة » و« المنهاج » : أنه لا بد من التراضي[4] .

وقال في « الكفاية » : لم أره هـٰكذا في غير « التنبيه » ، وفي « تعليق البندنيجي » : اعتبار التراضي بعدها قولاً واحداً ، وأطلق في موضع حكاية وجهين ، والمنع في « النهاية » احتمال[5] .

قال النشائي في « نكته » : وحاصل ما ذكره أن نقل « التنبيه » وجه مرجوح ، والذي في الرافعي اعتباره منسوباً إلىٰ ما ذكره الشيخ أبو حامد ، وجعل في « الكفاية » هـٰذه الحكاية فيما إذا نصبوا من يقسم بينهم بالتحكيم ، وليس كذلك . انتهىٰ[6] .

٦٠٩٧ـ قوله : (**وإن نصبوا من يقسم بينهم . . اعتبر التراضي بعد خروج القرعة على المنصوص ، وقيل : فيه قول مخرج من التحكيم أنه لا يعتبر التراضي**)[7] بمقتضىٰ ترجيح القطع بالأول ، وكذا في « الكفاية » عن المراوزة ، لكن جزم الرافعي والنووي بإثبات هـٰذا القول[8] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إن وقعت القسمة إجباراً من المحكم الذي فيه صفات الحاكم . . لم يعتبر الرضا بعده **علىٰ أصح القولين المعروفين في المحكم** ، وان لم يحكم في الإجبار ولكن حكم في القسمة . . **فالأصح** : أنه لا بد من الرضا بعد خروج القرعة سواء كانت مما يجبر عليه أم لا ، وما لا إجبار فيه أولىٰ باعتبار الرضا وإن لم يحكم أصلاً ، وإنما أقيم وكيلاً ، فأولىٰ باعتبار

---

(١) في (د) : (والأصح) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٨) .
(٣) تذكرة النبيه (٣/ ٥٠٤) .
(٤) فتح العزيز (١٢/ ٥٦٠) ، المحرر (ص ٤٩٤ ، ٤٩٥) ، الروضة (١١/ ٢١٧) ، المنهاج (ص ٥٦٧) .
(٥) نهاية المطلب (١٨/ ٥٦٤) .
(٦) نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه (ق ١٩٢) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٨) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٥٦٠) ، و« الروضة » (١١/ ٢١٧) .

الرضا ، وذكر في « الكفاية » في الوكيل : أنه لا بد من الرضا بعد القرعة جزماً .

٦٠٩٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٧] : (**ولو تراضيا بقسمة ما لا إجبار فيه . . اشترط الرضا بعد القرعة في الأصح**) فيه أمران :

أحدهما : أن الذي لا إجبار فيه هو قسمة الرد ، فهـٰذا عين قوله المتقدم : (**ويشترط في الرد الرضا بعد خروج القرعة**)[١] فذكره أولاً جزماً ، ثم ذكره ثانياً بخلاف ، ولا فائدة في هـٰذا التكرير ، ثم تعبيره فيه بالأصح يخالف تعبير « الروضة » فيه بالصحيح[٢] .

قال في « المهمات » : والذي في « الروضة » هو الصواب ؛ فإن مقابله عن الاصطخري فقط .

قلت : وقال المحاملي : إنه غلط .

ثانيهما : أن كلامه هـٰذا عكس ما في « المحرر » فإن عبارته : (والقسمة التي يجبر عليها إذا جرت بالتراضي . . هل يعتبر تكرر الرضا بعد خروج القرعة ؟ فيه وجهان ، **رجح** منهما : التكرير)[٣] ففرض المسألة فيما يجبر عليه ، وسلم من التكرير المتقدم ، وكذا في « الروضة » و« الشرحين » : أن قسمة الإجبار لا يعتبر فيها التراضي ، لا عند خروج القرعة ولا بعدها ، وإذا تراضيا بقاسم يقسم بينهما . . فهل يشترط الرضا بعد خروج القرعة أم يكفي الرضا الأول ؟ قولان ، **أظهرهما** : الاشتراط ، وإليه مال المعتبرون ، وذكروا أنه المنصوص ، كذا في « الروضة »[٤] ، وعبارة الرافعي : وذُكر أنه المنصوص[٥] ، وبينهما تفاوت ، وهـٰذا مخالف « للمحرر » في جعل الخلاف وجهين .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : الذي في « المنهاج » من ذكر الخلاف في التي لا إجبار فيها وإن لم يكن في « المحرر » في نفسه صحيح ، ولكن فيه الخلل من جهة الجزم في قسمة الرد ، وذكر الخلاف فيما لا إجبار فيه في غيرها .

وقال في « التوشيح » : الذي يظهر أنه في « المنهاج » أراد أن يكتب : (ما فيه إجبار) ، فكتب : (ما لا إجبار فيه) وأنا أرجو أن تكون عبارته : (ما الإجبار فيه) بالألف واللام في الإجبار ، ثم تصحفت ؛ فينبغي قراءتها كذلك .

٦٠٩٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٨] : (**وإن ترافعوا إلىٰ حاكم فنصب من يقسم بينهم . . لزم ذلك بإخراج القرعة**) المراد : ما إذا كانت القسمة قسمة إجبار ، وقد دل علىٰ ذلك قول «الحاوي» [ص ٦٩٧] :

---

(١) المنهاج (ص ٥٦٧) .
(٢) الروضة (١١/ ٢١٧) .
(٣) المحرر (ص ٤٩٥) .
(٤) الروضة (١١/ ٢١٦ ، ٢١٧) .
(٥) فتح العزيز (١٢/ ٥٦٠) .

(**وبتكرير تراض في غير**) أي : في غير قسمة بالإجبار ، وهي عبارة حسنة شاملة ، وهو مفهوم من قول « المنهاج » [ص ٥٦٧] : (**ولو تراضيا بقسمة ما لا إجبار فيه**) فإن صوابه الموافق « للمحرر » : (ما فيه إجبار)[1] كما تقدم ، فدل علىٰ أنه لو وقع ذلك بغير تراض ، بل بالإجبار . . لم يشترط الرضا بعد القرعة ، وهو المجزوم به في « الروضة » وأصلها كما تقدم[2] .

٦١٠٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٧] : (**كقولهما** : « **رضينا بهٰذه القسمة** » ، **أو** « **بما أخرجته القرعة** ») فيه أمران :

أحدهما : ظاهره الاكتفاء بذلك بعد خروج القرعة وإن لم يعلم كل واحد ما صار إليه ، والمنصوص في « الأم » أنه لا بد من سبق علم ذلك على الرضا .

ثانيهما : ظاهره أنه لا يكتفىٰ بقولهما : (رضينا بهٰذا) وهو وجه أنه لا بد من التصريح بلفظ القسمة ، **والأصح** : خلافه .

٦١٠١ـ قول « الحاوي » [ص ٦٩٧] : (**ونقضت بالإجبار بالحجة**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٥٦٧] : (**ولو ثبت ببينة غلطٌ أو حيفٌ في قسمة إجبار** . . **نقضت**) لتناوله ما إذا ثبت ذلك بإقرار الخصم أو باليمين المردودة أو بعلم الحاكم ، فكل ذلك حجة وليس ببينة ، وأما ثبوته بشاهد ويمين . . فيحتمل دخوله في قول « المنهاج » : (**ببينة**) وعدم دخوله ، وهو داخل في تعبير « الحاوي » بالحجة قطعاً ، ولو حذف « المنهاج » لفظ (البينة) . . لكان أحسن ، فثبوت ذلك بأي طريق كان كاف ، ولو أقر القاسم بذلك . . لم يلتفت إليه مع إنكار الخصم ، ذكره الرافعي عن البغوي[3] ، وخالف فيه القاضي حسين .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **والأرجح الجاري على القواعد** : ما ذكره البغوي ، ولكن يرد الأجرة وعليه الغرم .

٦١٠٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٩] : (**وإذا تقاسموا ثم ادعىٰ بعضهم علىٰ بعض غلطا** ، **فإن كان فيما تقاسموا بأنفسهم** . . **لم تقبل دعواه**) و« الحاوي » [ص ٦٩٧] : (**ولا ينفع دعوى الغلط**) محله فيما إذا قلنا : القسمة بيع ، فإن قلنا : إفراز . . سمعت ؛ ولهٰذا قال « المنهاج » [ص ٥٦٧] : (**ولو ادعاه في قسمة تراض وقلنا** : **هي بيع** . . **فالأصح** : **أنه لا أثر للغلط** ، **ولا فائدة لهٰذه الدعوىٰ** . . **قلت** : **وإن قلنا** : **إفراز** . . . **نقضت إن ثبت** ، **وإلا** . . **فيحلف شريكه**) وذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » أن هٰذا التفريع لا يوجد في كلام غير الغزالي في « الوجيز » أخذه من كلام

---

(١) المحرر (ص ٤٩٥) .

(٢) فتح العزيز (١٢/ ٥٦٠) ، الروضة (١١/ ٢١٧) .

(٣) فتح العزيز (١٢/ ٥٥١) ، وانظر « التهذيب » (٨/ ٢١٥) .

الإمام[1] ، والذي أطلقه الشافعي والعراقيون وأكثر المراوزة عدم الفرق ، وقال الماوردي فيما إذا كانت القسمة بالتراضي لكنها فيما يجبر فيه : تسمع البينة بالغلط ، ويحكم بإبطال القسمة[2] ، وخالف فيه البندنيجي وغيره ، قال شيخنا : **والأرجح** ما قاله الماوردي ؛ لأنها لا يتمحض الرضا فيها ؛ لأنه يخاف من إجبار يقع فيها ، وحمل شراح « الحاوي » كلامه علىٰ ما إذا ادعىٰ ذلك علىٰ قسام القاضي ، وهنا أمور :

أحدها : محل قولنا : لا أثر للغلط إذا قلنا : بيع ما إذا جرىٰ لفظ البيع أو ما يقوم مقامه ، وإلا . . فالحكم كما لو قلنا : إفراز ، قاله في « الوسيط »[3] ، ولم يتعرض له في « البسيط » ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : والتفصيل هو المعتمد .

ثانيها : ومحله أيضاً : ما لم يذكر تأويلاً ، فإن قال : إنما رضيت لاعتقادي أن ما خرجت القسمة به هو الذي لي ، وقد ظهر لي أنه أكثر منه ، وسبب غلطي مجي كتاب وكيلي بقدر فخرج بخلافه ، أو كانت لي شركة في مكان آخر فغلطت منه إلىٰ هـٰذا ، ونحو ذلك . . فتسمع دعواه وبينته ؛ كنظيره من المرابحة فيما إذا قال : اشتريت بمائة ، ثم قال بل بمائة وعشرة ، قاله شيخنا في « تصحيح المنهاج » .

ثالثها : قال شيخنا أيضاً : مقتضاه : أن الشركاء لو اعترفوا بما ادعاه . . لا تنقض القسمة ، وهـٰذا خرق عظيم ، وليس هـٰذا كالغبن ؛ فإنه لما رضي هنا بعد القرعة . . لم يكن نصيبه مكشوفاً له ، ولم أجد أحداً صرح بعدم النقض مع اعتراف الغريم ، لكن في « الكفاية » : أن مقتضى التوجيه بأنه ينزل منزلة الغبن في البيع : أن الغرماء ولو اعترفوا بالغلط . . لم يفده اعترافهم شيئاً ، وبه صرح في « الوسيط » عن العراقيين ، ولم يصرح في « البسيط »[4] بذلك ، وإنما قال العراقيون : لا تنقض ؛ لأنه رضي به ، فصار كما إذا اشترىٰ بغبن ، وهـٰذا يتجه علىٰ قولنا : إنها بيع[5] .

فإن قيل : يلزم من تشبيهه بالغبن هـٰذا . . قلنا : الكلام في التصريح بذلك ، ثم لا يلزم من تشبيهه بالغبن هـٰذا ؛ لأن في الغبن لم يستند إلا إلىٰ مجرد تخمين ، وهنا استند إلىٰ قسمة بقرعة ظن أنها على العدل ، فلا يكون رضاه مع الإسناد المذكور ناقلاً للزيادة عن ملكه إذا لم يعلمها . انتهىٰ[6] .

---

(١) الوجيز (٢/٢٤٦) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٨/٥٦٣) .

(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٦/٢٦١) .

(٣) الوسيط (٧/٣٣٨) .

(٤) في النسخ : (الوسيط) ، ولعل ماأثبت هو الصواب ، والله أعلم .

(٥) الوسيط (٧/٣٣٨) .

(٦) انظر « حاشية الرملي » (٤/٣٣٤) .

رابعها : أورد شيخنا أيضاً علىٰ قوله : (**وإن قلنا : إفراز . . نقضت إن ثبت**)[1] أن محله : إذا لم يعلم الزائد ، أو علمه ولم يرض بمصيره لشريكه ، أو رضي به ولم يحصل من الشريك رضا لو رضي به ، ولم يحصل أمر يلزم به التمليك المذكور ، فأما إذا علم به ورضي بمصيره لشريكه ورضي الشريك بذلك وحصل الأمر الملزم وهو القبض بالإذن . . فإنه لا تنقض القسمة ولو ثبت ذلك ، وقد نقل الإمام عن الأصحاب فيما إذا اقتسم الشريكان المستويان في النصيب علىٰ تفاوت مع العلم بالتفاوت . . أنه يصح ذلك ويلزم ، وبحث فيه الإمام[2] ، ونازعناه فيه . انتهىٰ .

٦١٠٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦٠] : (**وإن استحق من الجميع جزء مشاع . . بطلت القسمة ، وقيل : تبطل في المستحق ، وفي الباقي قولان**) صحح الرافعي والنووي الطريق الثاني ، ونقلاها عن الأكثرين[3] ، وعليها مشى « المنهاج » فقال [ص ٥٦٧] : (**ولو استحق بعض المقسوم شائعاً . . بطلت فيه ، وفي الباقي خلاف تفريق الصفقة**) ومقتضاه : تصحيح الصحة في الباقي ، وهو مفهوم قول « الحاوي » [ص ٦٩٧ ، ٦٩٨] : (**وإن استحق معين . . بطلت**) ولا يقال : مقتضىٰ عموم المفهوم الصحة حتىٰ في الجزء المستحق ؛ لأن البطلان في المستحق واضح ، ولكن حكى الشيخ أبو حامد الطريق الأول ـ وهو البطلان مطلقاً ـ عن عامة الأصحاب ، والماوردي عن جمهورهم ، وأوضح في « المهمات » كون الأكثرين عليه ، وبسطه ، وهو ظاهر إطلاق نص « الأم » و« المختصر » في صورة الاستحقاق على انتقاض القسمة من غير فرق بين المعين والمشاع ، واختار شيخنا في « تصحيح المنهاج » : أنه إن كان في الأراضي والدور . . قطع فيه بإبطال القسمة كلها ، وإن كان في غيرها من عبيد وثياب . . قطع فيه بتفريق الصفقة ، ثم ذكر شيخنا : أن تفريق الصفقة المعهود إنما هو في المبيع خاصة ، فأما وقوعه في المبيع والثمن ؛ بأن باع عبده وعبد غيره بعبد المشتري وعبد غيره . . فلم يذكره أحد من المصنفين ، والحال فيه مركب من خلافين :

أحدهما : خلاف تفريق الصفقة .

والثاني : خلاف الحصر والإشاعة ، وذلك أنه إذا بطل البيع في عبد غير البائع وفي عبد غير المشتري . . يبقىٰ عبد البائع وعبد المشتري ، فإذا قلنا بالانحصار وبتفريق الصفقة وكانت قيم الأعبد الأربعة مستوية . . فإنه يصح البيع في عبد البائع بعبد المشترىٰ وإن قلنا بالإشاعة ، وهو **الأصح** في البيع والصداق والخلع وجميع الأبواب ، إلا بَابَيْ الفلس الوصية . . فإنما يصح البيع عند استواء قيم الأربعة في نصف عبد البائع بنصف عبد المشتري ، ففي القسمة في عبدين متساويي القيمة

---

(١) المنهاج (ص ٥٦٧) .

(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٥٦٤) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٥٥٢) ، و« الروضة » (١١/ ٢١٠) .

مشتركين في الظاهر بين اثنين ، فاقتسماهما لهٰذا عبد ولهٰذا عبد ، ثم ظهر لثالث الاستحقاق بالثلث في العبدين ، فتبطل القسمة في المستحق ويبقىٰ لكل واحد ثلثا عبد ، وقد كان يملك ثلثه قبل القسمة ، وازداد بالقسمة من نصيب شريكه القاسم معه الثلث ، فإذا قلنا بالحصر . . فلكل واحد من المتقاسمين ثلثا العبد الذي صار إليه ، وإن قلنا بالإشاعة . . فقد بطلت القسمة في نصف نصيب كل شريك ، وصحت في نصف ، فلكل منهما نصف العبد الذي صار إليه بمقتضى الملك الأصلي وما صحت فيه القسمة ، وبقية الثلثين من جهة إبطال القسمة بمقتضى الإشاعة ، فيعود إلى الملك الأصلي ، ثم ذكر شيخنا أيضاً : أنه تتعين هنا الإجارة بالقسط ، ولا يأتي فيه إثبات الخيار لواحد من المتقاسمين على التعيين ؛ لأن كلاً منهما يدلي بما يدلي به الآخر ، وفي « أصل الروضة » : ثبوت الخيار هنا من غير تعيين من يثبت له الخيار[1] .

٦١٠٤ـ قولهم ـ والعبارة لـ « التنبيه » ـ : (**وإن تقاسموا ثم استحق من حصة أحدهم شيء معين لم يستحق مثله من حصة الآخر . . بطلت القسمة**)[2] قال في « المهمات » : يستثنىٰ منه : ما إذا وقع في القيمة عين لمسلم استولىٰ عليها الكفار ولم يظهر أمرها إلا بعد القسمة . . فإنها ترد علىٰ صاحبها ، ويعوض من وقعت في نصيبه من خمس الخمس ، ولا تنقض القسمة .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لا يستثنىٰ ذلك ؛ لأن تلك القسمة لا تجري علىٰ حسب القسمة في المشتركات الشركة الحقيقية ، بل التصرف فيها للإمام كما هو مقرر في بابه .

نعم ؛ يستثنىٰ منه : ما إذا كانت القسمة بيعاً برد ونحوه . . فلا تبطل القسمة ، بل يبطل البيع في ملك المستحق ، وفي صحته في ملك الشريك المردود عليه عوض الزائد قولا تفريق الصفقة .

٦١٠٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٥٨] : (**فإن ترافعوا إليه في قسمة ملك من غير بينة . . ففيه قولان : أحدهما : لا يقسم بينهم ، والثاني : يقسم إلا أنه يكتب أنه قسم بينهم بدعواهم**) ، قال الرافعي : **أظهرهما** عند الإمام وابن الصباغ والغزالي : **الثاني** ، وعن الشيخ أبي حامد وطبقته : الأول ؛ ويدل عليه أن الشافعي رحمه الله لما ذكر القول الثاني . . قال : لا يعجبني هٰذا القول[3] ، وقال النووي : **المذهب** : أنه لا يجيبهم ، ومشىٰ عليه في « تصحيحه »[4] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : يخرج من هٰذا أن القاضي لا يحكم بالموجب بمجرد اعتراف المتعاقدين بالبيع ، ولا بمجرد قيام البينة عليهما بما صدر منهما ؛ لأن المعنى الذي قيل هناك يأتي هنا . انتهىٰ .

---

(١) الروضة (١١/ ٢١٠) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٦٠) ، و« الحاوي » (ص ٦٩٧ ، ٦٩٨) ، و« المنهاج » (ص ٥٦٧) .
(٣) فتح العزيز (١٢/ ٥٦٢ ، ٥٦٣) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٥٦٥ ، ٥٦٦) ، و« الوجيز » (٢/ ٢٤٧) .
(٤) الروضة (١١/ ٢١٩) ، تصحيح التنبيه (٢/ ٢٧٠) .

ومشى « الحاوي » على الثاني علىٰ عادته في متابعة الغزالي فقال : (**ويجيب طالبيها ، وكتب أنه قسم بقولهم**)[1] .

ومحل الخلاف : ما إذا لم يكن لهم منازع ، فإن كان . . لم يجبهم قطعاً ، صرح به الماوردي والروياني وابن الرفعة وغيرهم .

قال في « المهمات » : وهـٰذه المسألة مخرجة علىٰ أن تصرفات الحاكم حكم أم لا . انتهىٰ .

والمراد : البينة على الملك ، فلو أقاموا بينة علىٰ أنه بأيديهم . . فهل يقسم تفريعاً على المنع عند مجرد اليد ؟ فيه احتمالان لشيخنا الإمام البلقيني ، قال : والمنع أصح ؛ لأن البينة لم تفد القاضي شيئاً غير الذي عرفه .

٦١٠٦ـ قول « التنبيه » فيما إذا كان بين ملكيهما عرصة حائط ، وهي الأس [ص ٢٥٩] : (**وإن أراد أن يقسمها عرضاً ، فيجعل لكل واحد منهما نصف العرض في كمال الطول وامتنع الآخر . . فقد قيل : يجبر ، وقيل : لا يجبر**) **الأصح** : الأول ، وهو الإجبار .

٦١٠٧ـ قوله فيما إذا كان بينهما حائط : (**وإن طلب أحدهما أن يقسم طولاً في كمال العرض وامتنع الآخر . . [فقد قيل : لا يجبر ، وقيل : يجبر وهو الأصح]**[2])[3] **الأصح** عند الرافعي والنووي : الأول[4] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال مثالاً لما لا يجبر علىٰ قسمته [ص ٦٩٧] : (**كالجدار طولاً بقرعة**) ثم قال : (**وعرضاً خُصَّ كل وجه بصاحبه**)[5] أي : لو طلب أحدهما قسمة الجدار عرضاً . . أجيب الطالب وخص كل واحد مما يليه ، وهـٰذا قد حكاه الرافعي وجهاً عن صاحب « التقريب » بعد أن قال : **إن ظاهر المذهب** : أنه لا يجاب إليه ، ذكره في الصلح[6] ، وعليه مشى « التنبيه » فقال [ص ٢٥٩] : (**وإن كان بينهما حائط وطلب أحدهما أن يقسم عرضاً في كمال الطول وامتنع الآخر . . لم يجبر**) .

والجواب عن « الحاوي » : أنه لم يرد الإجبار علىٰ ذلك ؛ لأنه ذكره في حيز ما يعتبر فيه تكرير التراضي ، وصورة المسألة : أن تكون العرصة لهما أيضاً ، فإن كانت محتكرة . . فقال الماوردي : إنه لا إجبار ؛ لأن البناء لا يعلم ما فيه ؛ ليتساويا في الاقتسام إلا بعد هدمه ، وفي هدمه ضرر ؛ فلم يدخله إجبار ، فإن اصطلحا عليه . . جاز[7] .

---

(١) الحاوي (ص ٦٩٨) .
(٢) في (ج) : (فقد قيل : يجبر ، وقيل : لا يجبر وهو الأصح) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٥٩) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٥/١٠٧) ، و« الروضة » (٤/٢١٥) .
(٥) الحاوي (ص ٦٩٧) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٥/١٠٧) .
(٧) انظر « الحاوي الكبير » (٦/٣٩٦) .

٦١٠٨ـ قول « الحاوي » [ص ٦٩٨] : (**ويهايئ إن امتنعت**) أي : القسمة ، والمراد : جواز المهايأة ، لا الإجبار عليها ؛ ويدل له قوله بعده : (**وللنزاع يؤجر**)[١] ، وقد أفصح بذلك « التنبيه » فقال [ص ٢٥٩] : (**وإن كان بين رجلين منافع فأرادا قسمتها بالمهايأة . . جاز ، وإن أراد أحدهما ذلك وامتنع الآخر . . لم يجبر الممتنع**) .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : هٰذا في المنافع المملوكة بإجارة أو وصية ؛ فإنه يجبر علىٰ قسمتها وإن كانت العين قابلة للقسمة أو غير قابلة ؛ إذ لا حق للشركة في العين ، قال : ويدل على الإجبار في ذلك ما ذكر في كراء العقب ، وفي « أصل الروضة » : لو استأجر اثنان أرضاً وطلب أحدهما المهايأة وامتنع الآخر . . فينبغي أن يعود الخلاف في الإجبار ، وإن أراد قسمتها . . ففي « فتاوى القاضي حسين » : أنها جائزة علىٰ قول ابن سريج[٢] ؛ أي : في الإجبار على المهايأة ، لكن **الأصح** خلاف ذلك .

٦١٠٩ـ قول « الحاوي » [ص ٦٩٨] : (**ورجع ما لم يستوف نوبته**) يقتضي أنه لا رجوع له بعد استيفائها ، وليس كذلك ؛ **فالأصح** : أن له الرجوع أيضاً ؛ ويدل لذلك قوله عقبه : (**فإن رجع واحد قبل تمام النوبتين . . غرم المستوفي نصف أجر مثل ما استوفىٰ للآخر**)[٣] .

* * *

---

(١) الحاوي (ص ٦٩٨) .

(٢) الروضة (١١/٢١٨) .

(٣) الحاوي (ص ٦٩٨) .

كتاب الشهادات

٦١١٠- قول « المنهاج » [ص ٥٦٨] : (**شرط الشاهد : مسلم ، حر ، مكلف ، عدل ، ذو مروءة ، غير متهم**) فيه أمور :

أحدها : أنه تركيب فيه عجمة ، فكان ينبغي التعبير بالإسلام والحرية كما في « المحرر » و« الروضة » وغيرهما[1] ، وعبارة « التنبيه » [ص ٢٦٩] : (**ولا تقبل الشهادة إلا من حر ، بالغ ، متيقظ ، حسن الديانة ، ظاهر المروءة**) و« الحاوي » [ص ٦٦٨] : (**أو سأل الحجة : ذكراً ، ناطقاً ، مسلماً ، حراً ، عدلاً ، ذا مروءة ، غير متهم**) ، وليس فيهما من العجمة ما في « المنهاج » ، ولا يقال : أخل « التنبيه » باشتراط ؛ الإسلام لأنه مفهوم من جنس الديانة ، ولا باشتراط العقل ؛ لأنه مفهوم من التيقظ ، ولم يذكر انتفاء التهمة هنا ، لكنه فصله بعد ذلك ، ولم يحتج « الحاوي » للتصريح بالتكليف ؛ لاندراجه تحت العدالة .

ثانيها : أنه يشترط في الشاهد أيضاً النطق كما صرح به « الحاوي »[2] ، وفي « التنبيه » [ص ٢٦٩] : (**وتقبل شهادة الأخرس ، وقيل : لا تقبل ، والأول أصح**) لكن الأكثرون على الثاني ، ونقل عن النص أيضاً ، وهو الذي صححه الرافعي والنووي[3] .

ومحل الخلاف : ما إذا فهمت إشارته ، فإن لم تفهم . . ردت شهادته قطعاً .

واعترضه ابن الرفعة بأن المقصود ذكر الموانع من قبول الشهادة مع تصور وجودها ، وسبب الرد في الخرس عدم تحقق المشهود به ؛ فلذلك لم يعد من موانع الشهادة .

قال في « التوشيح » : وفيه نظر ؛ فإن الرافعي : لم يعد النطق شرطاً إلا على القول بأنه وإن عقلت إشارته مردود ، فكيف سبب الرد عدم تحقق المشهود به . انتهىٰ .

ويشترط فيه أيضاً : التيقظ كما تقدم عن « التنبيه » ، ثم أكده بقوله بعده [ص ٢٦٩] : (**فلا تقبل من مغفل**) وكذا قال « المنهاج » بعد ذلك [ص ٥٦٩] : (**لا مغفل لا يضبط**) وشاحح شيخنا في « تصحيح المنهاج » في هـٰذه العبارة كما سيأتي ، وقال في « الكفاية » : هـٰذا إذا أطلق الشهادة ، فلو أتىٰ بها مفصلة ووصف الزمان والمكان وتأنق في ذكر الأوصاف . . قال الإمام : فالشافعي رحمه الله قد يقبلها ؛ فإنه إذا فصلها وهو عدل . . لا يظن به اعتماد الكذب ، وهـٰذا ما أورده

---

(١) المحرر (ص ٤٩٦) ، الروضة (١١١/ ٢٢٢) .

(٢) الحاوي (ص ٦٦٨) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٣٧ ، ٣٨) ، و« الروضة » (١١/ ٢٤٥) .

الفوراني والمسعودي والغزالي . انتهىٰ[1] .

وهو الذي في « الروضة » وأصلها[2] ، وإليه أشار « الحاوي » بقوله [ص ٦٧٠] : (**وتغافل حيث يحتمل الغلط**) ، وذكر الصيمري : أنه لا تقبل شهادة محجور عليه بسفه ، فإن كان كذلك . . فهـٰذا شرط آخر ، ذكره في « أصل الروضة »[3] .

واعترضه ابن الرفعة : بأن السفه في المال مشعر بخلل في العقل ، فهو مندرج فيما سلف .

وقال في « التوشيح » : لو أشعر بذلك . . لعد حجر جنون ، ولما ولي النكاح ، لكنه يليه علىٰ وجه جيد ، وقد يقول ابن الرفعة إشعاره به لا يؤدي إلىٰ ثبوته من كل وجه ، ولئن قال ذلك . . قلنا : فليس مندرجاً فيما سلف . انتهىٰ .

وكلام الرافعي والنووي في (الوصايا) موافق للصيمري ؛ فإنهما اشترطا في الوصي : أن لا يكون محجوراً عليه بسفه ، ثم قالا : وحصروا الشروط جميعاً بلفظ مختصر ، فقالوا : ينبغي أن يكون الوصي بحيث تقبل شهادته على الطفل . انتهىٰ[4] .

وتقدم عن « الحاوي » اشتراط الذكورة[5] ، وليس بجيد ؛ فإنها لا تعتبر في كل الشهادات ، بل في بعضها ، فلا يصح اشتراطها في مطلق الشهادة .

ثالثها : مقتضىٰ إطلاقهم : الاكتفاء بالإسلام بطريق التبعية وبالحرية بالدار ، لكن قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لو شهد بعد بلوغه قبل الإفصاح بالإسلام والإتيان بما ينافيه وقبل ظهور حريته بغير الدار . . لم أقبل شهادته وإن حكم بإسلامه وحريته ؛ للاحتياط في الشهادة ، ثم قال : فإن قيل : إذا ظهرت عدالته انكشف الحال في إسلامه وحريته . . قلنا : لا نسلم أنه ينكشف الحال في حريته لمجرد ذلك ، وأما الإسلام : فقد يظهر انكشافه بذلك وقد لا يظهر . انتهىٰ .

وجمعهم بين العدالة والمروءة جار علىٰ ما قال الرافعي : إنه الأشهر والأحسن من اصطلاح الأصحاب ، وهو إخراج المروءة عن حد العدالة ، وعدها صفة برأسها ، ومنهم من يدرج المروءة والتكليف والإسلام والحرية فيها ، فيقول : العدل هو الذي تعتدل أحواله ديناً ومروءة وأحكاماً ؛ أي : لا يكون ناقص الحكم بصباً أو جنونٍ أو رقٍّ[6] .

٦١١١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٨] : (**وشرط العدالة : اجتناب الكبائر والإصرار علىٰ صغيرة**)

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٩/٩ ، ١٠) .
(٢) فتح العزيز (١٣/٣١ ، ٣٢) ، الروضة (١١/٢٤١) .
(٣) الروضة (١١/٢٤٥) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٧/٢٦٩) ، و« الروضة » (٦/٣١١) .
(٥) الحاوي (ص ٦٦٨) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (١٣/٢١) .

هـٰذا نفس العدالة لا شرط فيها ، وعبارة « التنبيه » [ص ٢٦٩] : (**ولا تقبل من صاحب كبيرة ولا مدمن علىٰ صغيرة**) و« الحاوي » بعد قوله [ص ٦٦٨] : (**عدلاً : ما باشر كبيرة وما أصر علىٰ صغيرة**) وقال بعضهم : لو عبر « الحاوي » بقوله : (ما أقدم) بدل (**ما باشر**) . . لكان أولىٰ ؛ ليدخل فيه من وطىء زوجته ظاناً أنها أجنبية . . فإنه غير عدل ، ومرادهم بالكبيرة : غير الكبائر الاعتقادية التي هي البدع ؛ فإن **الراجح** : قبول شهادة أهل البدع ما لم نكفرهم .

واستثنى الشافعي رضي الله عنه : الخطابية[1] ؛ لأنهم يشهدون بالزور لموافقيهم اعتماداً علىٰ أنهم لا يكذبون[2] ، وحمله بعضهم علىٰ ما إذا لم يذكر في شهادته ما يقطع احتمال الاعتماد علىٰ قول المدعي ، فإن ذكره ؛ بأن قال : سمعته يقر لفلان بكذا . . قبلت .

وقال بعضهم : عطف الإصرار على الكبائر من ذكر الخاص بعد العام ؛ لأنه كبيرة ، وقال في « أصل الروضة » : وهل الإصرار السالب للعدالة المداومة علىٰ نوع من الصغائر ، أم الإكثار من الصغائر سواء كانت من نوع أو أنواع ؟ فيه وجهان ، يوافق الثاني قول الجمهور : من غلبت طاعته معاصيه . . كان عدلاً وعكسه فاسق ، ولفظ الشافعي رضي الله عنه في « المختصر » يوافقه ، فعلىٰ هـٰذا لا تضر المداومة علىٰ نوع من الصغائر إذا غلبت الطاعات ، وعلى الأول يضر[3] .

واعترضه في « المطلب » : بأن مقتضاه : أن مداومة النوع الواحد مضر على الوجهين ، أما على الأول فظاهر ، وأما على الثاني فلأنه في ضمن حكايته ، قال : إن الإكثار من نوع واحد كالإكثار من الأنواع ، وحينئذ . . لا يحسن معه التفصيل .

نعم ؛ يظهر أثرهما فيما لو أتىٰ بأنواع من الصغائر ، إن قلنا بالأول . . لم يضر ؛ لمشقة كف النفس عنه ، وهو ما حكاه في « الإبانة » وإن قلنا بالثاني . . ضر ، وتبعه في « المهمات » ، وقال : ويدل علىٰ ما ذكرناه أنه خالف المذكور هنا ، وجزم في الكلام على الأولياء وفي الرضاع بأن المداومة على النوع الواحد يصيره كبيرة .

وأجاب عنه شيخنا في « تصحيح المنهاج » : بأن الإكثار من النوع غير المداومة عليه ؛ فإن المراد : الأكثرية التي تغلب بها معاصيه علىٰ طاعته ، وهـٰذا غير المداومة ؛ فالمؤثر على الثاني إنما هو الغلبة لا المداومة ، قال : فيزاد علىٰ قول « الروضة » : إن على الثاني لا تضر المداومة علىٰ نوع من الصغائر ولا علىٰ أنواع إذا غلبت طاعاته معاصيه ، قال : فيكون الاحتمالان علىٰ هـٰذا مختلفين

---

(١) انظر « مختصر المزني » (ص ٢٥٨) .

(٢) الخطابية : هم أصحاب أبي الخطاب الأسدي الكوفي ، كان يقول بألوهية جعفر الصادق ثم ادعى الألوهية لنفسه . انظر « نهاية المحتاج » (٨/٣٠٥) .

(٣) الروضة (١١/٢٢٥) .

في حالة ومتفقين في حالة ، فيختلفان فيما إذا داوم علىٰ نوع ولكن الأغلب طاعته ، فعلى الأول يفسق ، وعلى الثاني لا يفسق ، ويختلفان فيما إذا أتىٰ بأنواع وصارت أكثر من الطاعات ولم يداوم علىٰ نوع من المعصية ، فعلى الأول لا يفسق ، وعلى الثاني يفسق ، ويتفقان فيما إذا داوم علىٰ نوع وهو أكثر من طاعاته علىٰ أنه يفسق ، والرجوع في الغلبة للعرف ؛ فإنه لا يمكن أن يزاد مدة العمر ، فالمستقبل لا يدخل في ذلك ، وكذلك ما ذهب بالتوبة وغيرها ؛ ولهـٰذا قال الشافعي في « المختصر » : (ليس من الناس أحد نعلمه إلا أن يكون قليلاً يمحّض الطاعة والمروءة [حتىٰ لا يخلطهما بمعصية ، ولا يمحض المعصية وترك المروءة حتىٰ لا يخلطهما بشيء من الطاعة والمروءة][1] ، فإذا كان الأغلب على الرجل الأظهر من أمره الطاعة والمروءة . . قبلت شهادته ، وإذا كان الأغلب الأظهر من أمره المعصية وخلاف المروءة . . رددت شهادته)[2] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : واتفق الأصحاب علىٰ أن المراد الصغائر ؛ فإن الكبيرة بمجردها تخرج عن العدالة وان كان الأغلب الطاعة ، فكان ينبغي أن يقال شرط العدالة اجتناب الكبائر وعدم غلبة الصغائر على الطاعة .

قول « الحاوي » في تفسير الكبيرة [ص ٦٦٨] : (**موجبة حدٍّ**) اعتمد في الجزم به قول الرافعي : وهم إلىٰ ترجيحه أميل ، لكنه قال : إن الحد الآخر أنها ما لحق صاحبها وعيد شديد بنص كتاب أو سنة أوفق ؛ لما ذكروه عند تفصيل الكبائر ؛ أي : لأن الربا وأكل مال اليتيم وقطع الرحم والعقوق ونحوها من الكبائر مع أنه لا حد فيها ، وقال الإمام في « الإرشاد » وغيره : كل جريمة تُؤذن بقلة اكتراث مرتكبها بالدين ، وقيل : ما نص الكتاب علىٰ تحريمه ، أو وجب في جنسه حد ؛ من قتل أو غيره، وترك فريضة تجب على الفور، والكذب في الشهادة والرواية واليمين ، فهـٰذه أربعه أوجه[3] .

٦١١٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٨] : (**ويحرم اللعب بالنرد على الصحيح**) فيه أمور :

أحدها : مقتضاه : أن الخلاف وجهان ، وأن مقابل الراجح ضعيف ، وليس كذلك ؛ فالخلاف قولان ، نص على التحريم في حرملة وعلى الكراهة في « الأم » « والمختصر » ، فقال : (يكره من وجه الخبر اللعب بالنرد أكثر مما يكره اللعب بشيء من الملاهي)[4] وقد ظهر بذلك قوته ، وصححه جماعة .

---

(١) ما بين القوسين سقط من (ج) ، وفي (ب) : (حتىٰ يخلطهما بشيء من الطاعة والمروءة) وفي (د) : (ولا يخلطهما بمعصية ، ولا يمحض المعصية وترك المروءة حتىٰ يخلطهما بشيء من الطاعة والمروءة) ، والمثبت من « الأم » و« مختصر المزني » .

(٢) الأم (٧/٥٣) ، مختصر المزني (ص ٣١٠) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (١٣/٦) .

(٤) الأم (٦/٢٠٨) ، مختصر المزني (ص ٣١١) .

ثانيها : قد تفهم عبارته أن مقابله الإباحة ، وليس كذلك ، بل الكراهة كما تقدم .

ثالثها : لم يبين هل هو من الكبائر أو الصغائر ؟ **والأصح** : الثاني ، وعليه مشى « الحاوي » ، لكنه قال بعده : (**وحيث يعظم مرة**)[1] وتبع في ذلك قول الإمام : أنه ينظر إلىٰ عادة البلد ، فحيث يستعظمون النرد وسماع الأوتار . . ترد الشهادة بمرة واحدة ، وإلا . . فلا[2] ، لكن قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إن هـٰذا التفريق ضعيف .

٦١١٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٨] : (**ويكره بشطرنج**) عبارة « الأم » : (ولا أحب اللعب بالشطرنج)[3] وهـٰذا صادق بأن يكون خلاف الأولىٰ ، وبأن يكون المراد : لا أحب فعله ؛ لما يؤدي إليه .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : فلا نثبت الكراهة مذهب الشافعي ، وأما قول « مختصر المزني » : (فاللاعب بالشطرنج والحمام بغير قمار وإن كرهنا ذلك أخف حالاً)[4] فإن المزني أخل في النقل . انتهىٰ .

ثم لا يخفىٰ أن محل ذلك : إذا لم يؤد الشغل به إلىٰ ترك الصلاة ، فإن أدىٰ إلىٰ تركها عامداً . . فواضح ، وإن شغله اللعب به حتىٰ خرج الوقت وهو غافل . . . ففي « أصل الروضة » : أنه إن لم يتكرر منه . . لم ترد شهادته ، وإن كثر منه . . فسق وردت شهادته ، بخلاف ما إذا تركها ناسياً مراراً ؛ لأنه هنا شغل نفسه بما فاتت به الصلاة ، هـٰكذا ذكروه ، وفيه إشكال ؛ لما فيه من تعصية الغافل اللاهي ، ثم قياسه الطرد في شغل النفس بغيره من المباحات[5] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ولا إشكال ؛ فيه لأن تعصية الغافل اللاهي إذا كان بسبب أدخله علىٰ نفسه باختياره ، وقد جربه وعرف أنه يوقعه في ذلك . . فإنه يأثم به ، وقد أشار إلىٰ ذلك الشافعي بقوله : (فلا يعود للعب الذي يورث النسيان ، وإن عاد له وقد جربه يورثه ذلك . . فذلك استخفاف ، فأما الجلوس والنسيان . . مما لم يجلب علىٰ نفسه فيه شيئاً إلا حديث النفس الذي لا يمتنع به منه أحد ولا يأثم به ، وإن قبح ما يحدث به نفسه ، والناس يمتنعون من اللعب) هـٰذا نصه في « الأم »[6] ، وفيه جواب الإشكال . انتهىٰ .

وفي « التوشيح » : محل الكراهة : إذا لم يواظب ولم يلعب مع معتقد التحريم ، فإن واظب

---

(١) الحاوي (ص ٦٦٩) .

(٢) انظر « نهاية المطلب » (٢١/١٩) .

(٣) الأم (٢٠٨/٦) .

(٤) مختصر المزني (ص ٣١٠) .

(٥) الروضة (٢٢٦/١١) .

(٦) الأم (٢٠٨/٦) .

عليه . . ففي « الإحياء » : أنه يصير صغيرة[١] ، وفي « الشامل » خلافه ؛ ولعله الأشبه ، وإن لاعب معتقد التحريم . . **فالأرجح** عند الوالد ـ رحمه الله ـ من وجهين حكاهما في « الحلبيات » : التحريم ؛ لما فيه من الإعانة على انتهاك الحرمة والجرأة ، وإن كان الفعل في اعتقادنا غير حرام ؛ كمن تناول قدح جلاب لمن يشربه ظاناً أنه خمر . . فإنه يكون معيناً له على المعصية ، قال : ونظير هـٰذا لو تبايع رجلان وقت النداء ، أحدهما تلزمه الجمعة ، والثاني لا تلزمه ، وفيها وجهان ، **الصحيح المنصوص** : بأنه يحرم عليهما ، قال : لكن مسألتنا أخف ؛ فإن التحريم في البيع علىٰ من تلزمه الجمعة معلوم عندنا وعنده ، وتحريم لعب الشطرنج غير معلوم عندنا ولا عنده ، وإنما الحرام فعله مع اعتقاد حرمته ، وهـٰذا المجموع لم تحصل المعاونة عليه إنما حصلت علىٰ بعضه ، قال : وهـٰذه دقيقة ينبغي أن يتنبه لها[٢] .

قال في « التوشيح » : وسألت الوالد ـ رحمه الله ـ مرة : أيحرم علىٰ رجل أن يسقي غيره الخمر إذا كان الشارب يظنه غير خمر والساقي يعرفه خمراً ؟ فقال : نعم ، فقلت : لم مع أن الساقي لم يشرب ، ولم يعن علىٰ معصية لأن الشارب لم يأثم ؟ ، فقال : لأنه حقق المفسدة التي طلب الشارع درءها من كل أحد وإن عذر من لا يعلم . انتهىٰ .

٦١١٤ـ قوله : (**فإن شرط فيه مال من الجانبين . . فقمار**)[٣] محله : ما إذا كانا قريباً من التكافؤ ، فإن قطع بأن أحدهما غالب . . فليس بقمار ، وإليه أشار الرافعي بقوله : وكان كل واحد منهما بين أن يغلب . . فيغنم ، أو يغلب . . فيغرم[٤] ، وأسقطه في « الروضة » .

وقد يفهم الجواز إذا شرط المال من أحدهما ، وليس كذلك ؛ فإنه وان لم يكن قماراً . . لا يحل أخذ المال ؛ لعدم صحة العقد كما جزم به في « أصل الروضة » في المسابقة ، فإن أخذه . . ففي « تعليق الشيخ أبي حامد » : أنه ترد شهادته ، وفي « الكافي » للروياني : أنه خطأ بتأويل ، فلا ترد به الشهادة إلا إن أخذه قهراً .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : والمعتمد ما قاله الشيخ أبو حامد .

٦١١٥ـ قوله : (**ويكره الغناء بلا آلة**)[٥] حمله شيخنا في « تصحيح المنهاج » علىٰ من اتخذه صناعة دون من غنَّىٰ لطرب ، وقال : إن الشافعي لم يذكر الكراهة إلا في تلك الحالة ؛ فالعمل بنصه الموافق للدليل ، وإن كان الموجود في التصانيف الإطلاق . انتهىٰ .

---

(١) إحياء علوم الدين (٢/٢٨٣) .
(٢) قضاء الأرب في أسئلة حلب (ص ١٨٥ ، ١٨٦) المسألة التاسعة .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٨) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٣/١١) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٨) .

وكلام الرافعي في البيع والغصب والصداق يقتضىٰ تحريم الغناء مطلقاً[1] ، والقياس في الغناء المضموم للآلة المحرمة : بقاء الكراهة في الغناء وإن أوهمت عبارته خلافه فيه اضطراب ، ولا يخفىٰ تحريمه حيث كان السماع من امرأة أجنبية أو أمرد وخشي الفتنة فيهما .

٦١١٦ـ قول « الحاوي » [ص ٦٦٩] : (**وسماع شعار الشرب**) قد يتناول اليراع ، وهو الذي صححه النووي[2] ، لكن صحح الرافعي : عدم تحريمه[3] ، ومال إليه شيخنا في « تصحيح المنهاج » وقال : لا يثبت التحريم إلا بدليل معتبر ، ولم يقم النووي دليلاً علىٰ ذلك .

وقال في « التوشيح » : لم يقم عندي دليل علىٰ تحريمه مع كثرة التتبع ، والذي أراه الحل ، فإن انضم إليه محرم . . فلكل منهما حكمه ، ثم الأولىٰ عندي لمن ليس من أهل الذوق : الإعراض عنه مطلقاً ؛ لأنه قد يجره إلىٰ ما لا ينبغي ، وأدناه صرف الوقت فيما غيره أهم منه ، وحصول اللذة به ، وليست اللذة النفسانية في هٰذه الدار من المطالب الشرعية ، وأما أهل الذوق . . فحالهم مسلم إليهم ، وهم علىٰ حسب ما يجدون في أنفسهم ، ونقل القاضي الحسين عن الجنيد : أنه قال : الناس في السماع علىٰ ثلاثة أضرب : العوام ، وهو حرام عليهم ؛ لبقاء نفوسهم ، والزهاد ، وهو مباح لهم ؛ لحصول مجاهداتهم ، والعارفون ، وهم مستحب لهم ؛ لحياة قلوبهم ، وذكر نحوه أبو طالب المكي ، وصححه السهروردي في « عوارف المعارف » ، والظاهر أن الجنيد لم يرد التحريم الاصطلاحي ، وإنما أراد : أنه لا ينبغي ، ثم نقل عن والده شعراً كتبه في جواب استفتاء بشعر ، منه :

واعلـم بـأن الـرقـص والـدف الذي عنه سألت وقلت في أصوات
فيـه خـلاف لـلأئمـة قبلنـا سـرج الهـدايـة سـادة السـادات
لكنـه لـم تـأت قـط شـريعـة طلبتـه أو جعلتـه فـي القـربـات
والقـائلـون بحلـه قـالـوا بـه كسـواه مـن أحـوالنـا العـادات
فمـن اصطفـاه لـدينـه متعبـداً بحضـوره فـأَعْـدُدْه فـي الحسـرات
والعـارف المشتـاق إن هـو هـزه وجـد فقـام يهيـم فـي سكـرات
لا لـوم يلحقـه ويحمـد حـالـه[4] يـا طيـب مـا يلقـىٰ مـن اللـذات[5]

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٤/ ٣٠) ، (٥/ ٤٥١) .
(٢) انظر « الروضة » (١١/ ٢٢٨) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ١٥) .
(٤) في (ج) ، (د) : (والحمد حالته) .
(٥) انظر « طبقات الشافعية الكبرىٰ » (١٠/ ١٨٢) .

٦١١٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٨] : (**ويجوز دف لعرس وختان**) زاد شيخنا في « تصحيح المنهاج » علىٰ ذلك فقال : إنه مستحب ؛ فإن مدار ما استدلوا به على الجواز علىٰ حديث : « أعلنوا النكاح ، واضربوا عليه بالدف »[١] ، وهو يقتضي زيادة على الجواز .

٦١١٨ـ قوله : (**وكذا غيرهما في الأصح**)[٢] استثنىٰ شيخنا في « تصحيح المنهاج » من محل الخلاف : ضرب الدف في أمر مهم من قدوم عالم أو سلطان ونحوهما . انتهىٰ .

وظاهر كلامه الجواز ولو انضم إليه اليراع عند من أباحه ، وقال ابن الصلاح : اجتماع الدف والشبابة حرام ، لم يثبت عن أحد ممن يعتد بقوله حله .

وقال في « التوشيح » : وهو غير موافَق عليه ، بل ظاهر قول من يجوز هـٰذه الأشياء منفردة تجويزها مجتمعة ، وبه صرح أحمد الغزالي أخو حجة الإسلام ، وكان من أئمة العلم والورع ، ونقله محمد بن طاهر في تصنيفه في السماع عن الشيخ أبي إسحاق الشيرازي ، وصح عن الشيخ عز الدين بن عبد السلام والشيخ تقي الدين بن دقيق العيد ، وهما سيدا المتأخرين علماً وورعاً . انتهىٰ .

ومقتضىٰ كلام الجمهور : أنه لا فرق في حل الدف بين الرجال والنساء ، وصرح به السبكي في « الحلبيات » ، وضعف قول الحليمي : إن إباحته تختص بالنساء[٣] .

٦١١٩ـ قوله : (**ويحرم ضرب الكوبة ، وهي : طبل طويل ضيق الوسط**)[٤] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لا نص في تحريمه بخصوصه للشافعي ، وإنما ذكره الشيخ أبو محمد وتبعه الغزالي ، ولم يرتضه الإمام ، والذي نص عليه الشافعي : تحريم طبل اللهو[٥] ، وقال الخطابي : غلط من قال : الكوبة : الطبل ، بل هي : النرد[٦] ، وذكر مثله ابن الأعرابي والزمخشري ، وصححه ابن الأثير في « النهاية »[٧] .

وعبارة « أصل الروضة » : ولا يحرم من الطبول إلا الطبل الذي يسمى الكوبة[٨] .

وفي « المهمات » : أن الموجود لأئمة المذهب التحريم فيما عدا الدف ، ذهب إليه القاضي

---

(١) أخرجه الترمذي (١٠٨٩) وابن ماجه (١٨٩٥) والبيهقي في « سننه الكبرىٰ » (١٤٤٧٦) عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها مرفوعاً .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٨) .

(٣) قضاء الأرب في أسئلة حلب (ص ١٩٩) .

(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٨) .

(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٩/ ٢٢ ، ٢٣) .

(٦) انظر « معالم السنن » (٤/ ٢٦٧) .

(٧) النهاية في غريب الأثر (٤/ ٢٠٧) .

(٨) الروضة (١١/ ٢٢٨) .

حسين والبندنيجي والحليمي والماوردي وصاحب « المهذب » والحسين الطبري في « العدة » والروياني والبغوي والخوارزمي والعمراني والسهروردي في « الذخيرة » وابن أبي عصرون ومجلي ، ونقله في « الاستقصاء » عن الشيخ أبي حامد . انتهىٰ[١] .

٦١٢٠ـ قوله : (**لا الرقص**)[٢] أي : فليس بحرام ، واختلف فيه ، فقال القفال : مكروه ، وقال الأستاذ أبو منصور : إن تكلفه على الإيقاع مكروه ، وقال الفوراني والغزالي : مباح ، وهو مقتضىٰ كلام الشيخ أبي علي[٣] والحليمي ، وأشار القاضي حسين في « تعليقه » والغزالي في « الإحياء » إلىٰ أنه إن كان من أهل الأحوال الذين يقومون بوجد . . فيباح لهم ويكره لغيرهم[٤] ، وصرح به الأستاذ أبو منصور ، وجزم الجاجرمي في « الكفاية » بالتحريم إذا كان كثيراً ، ذكره كله في « المهمات » .

واعتمد شيخنا في « تصحيح المنهاج » كلام الجاجرمي في التحريم مع الكثرة بحيث يخل بالمروءة ، وقال : لا يلزم من ذكر « المنهاج » بعده من مسقطات المروءة إدامة الرقص تحريمه ، وقال : لا حاجة لاستثناء أصحاب الأحوال ؛ لأنه ليس بالاختيار ، فلا يوصف بإباحة ولا غيرها .

٦١٢١ـ قوله : (**إلا أن يكون فيه تكسر كفعل المخنث**)[٥] أي : فيحرم على الرجال والنساء ، حكاه في « أصل الروضة » عن الحليمي ، وأقره[٦] ، وفي « المهمات » : أن عبارة الحليمي : إن لم يكن فيه تثن وتكسر . . فلا بأس به ، ولا يلزم[٧] منه التحريم مع التثني ؛ فقد يكون مكروهاً ، وبه صرح الشيخ أبو علي كما حكاه عنه ابن أبي الدم .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إن كان التحريم للتشبه بالمخنث المتشبه بالنساء . . فإنما يحرم على الرجال ؛ للعن المتشبهين من الرجال بالنساء ، ولا يحرم على المرأة ؛ فإنه لا دليل يقتضي التحريم .

٦١٢٢ـ قوله : (**ويباح قول الشعر وإنشاده**)[٨] ذكر الماوردي أنه يستحب منه نوعان : ما حذر من الآخرة ، وما حث علىٰ مكارم الأخلاق[٩] .

---

(١) انظر « حاشية الرملي » (٤/٣٤٥) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٨) .
(٣) في (ج) : (وهو الشيخ شهاب الدين) .
(٤) إحياء علوم الدين (٢/٣٠٤ ، ٣٠٥) ، وفي النسخ : (ويكره لهم) ، ولعل الصواب ما أثبتناه ، والله أعلم .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٨) .
(٦) الروضة (١١/٢٢٩) .
(٧) في النسخ : (وإلا يلزم) ، ولعل الصواب ما أثبتناه ، والله أعلم .
(٨) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٨) .
(٩) انظر « الحاوي الكبير » (١٧/٢٠٩) .

٦١٢٣ـ قوله : (إلا أن يهجو ، أو يفحش ، أو يُعَرِّض بامرأة معينة)[١] فيه أمور :

أحدها : أن ظاهره تحريم الهجو ولو كان صادقاً ، وبه قال الروياني ، لكن شاحح شيخنا في « تصحيح المنهاج » في ذلك وقال : إنما قال الروياني : رد الشهادة ، ولا يلزم من رد الشهادة التحريم ؛ فقد يكون لخرم المروءة ، وفيه نظر ، فلا خرم مروءة في ذلك ، وإنما السبب التحريم ، قال شيخنا : ومقتضىٰ نص الشافعي في أن الشعر كلام حسنه كحسنه وقبيحه كقبيحه[٢] : أنه لا يحرم الهجو إذا كان صادقاً حيث لا يحرم الكلام بذلك ، فإن كان فيه إشاعة فاحشة . . فهو حرام . انتهىٰ .

قال الرافعي : ويشبه أن يكون التعريض هجواً كالتصريح[٣] ، وجزم به في « الشرح الصغير » ، وقال ابن كج : ليس التعريض هجواً ، وليس إثم حاكيه كإثم منشئه .

ثانيها : يستثنىٰ : هجو الكفار ، فيجوز كما صرح به الروياني وغيره ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : نص « الأم » يقتضيه ، وصرح الشيخ أبو حامد بأنه مندوب إليه .

والمبتدع ؛ ففي « الإحياء » أنه مباح[٤] ، قال في « المهمات » : **والقياس في الفاسق المتظاهر** كذلك ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأرجح** : تحريمه ، إلا لقصد زجره ؛ فإنه قد يتوب وتبقىٰ عليه وصمة الشعر السائر .

ثالثها : محل تحريم التعريض بمعينة : ما إذا لم تكن حليلته ، فإن كانت زوجته أو جاريته . . ففيه وجهان :

أحدهما : يجوز ولا ترد شهادته ، فعلىٰ هـٰذا : إذا لم تكن معينة . . لا ترد شهادته ؛ لاحتمال إرادة من تحل له ، **وأصحهما** : رد شهادته إذا ذكرها بما حقه الإخفاء ؛ لسقوط مروءته ، كذا في « أصل الروضة »[٥] .

وقال في « المهمات » : نص الشافعي علىٰ خلافه صريحاً ، فقال : (ومن شبب فلم يسم أحداً . . لم ترد شهادته ؛ لأنه يمكن أن يشبب بامرأته أو جاريته)[٦] هـٰذا لفظه ، ونقل في « البحر » : عدم الرد عن جمهور الأصحاب ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو محمول علىٰ ما إذا لم يظهر منه ما يسقط مروءته من ذكر ما حقه الإخفاء ، قال : وقضية هـٰذا : أنه إذا

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٨) .
(٢) انظر « الأم » (٦/٢٠٧) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٣/١٧) .
(٤) إحياء علوم الدين (٢/٢٨٢) .
(٥) الروضة (١١/٢٢٩) .
(٦) انظر « الأم » (٦/٢٠٧) .

وصف أعضاء باطنة مع عدم التعيين . . أنه ترد شهادته ؛ لأنه دائر بين ذكر ذلك من أجنبي أو من زوجة وأمة[1] ، ويمكن أن يقال : إذا لم يعين وذكر أعضاء باطنة . . فإنه لا ترد شهادته ؛ لأنه يحتمل أن تكون زوجته أو أمته ، وعند الإبهام لا يكون وصف ذلك خارماً للمروءة . انتهىٰ .

ولما ذكر في « أصل الروضة » : أن **الصحيح الذي عليه الجمهور** : أن المدح إذا لم يمكن حمله على المبالغة وكان كذباً محضاً . . ترد به الشهادة إن كثر ، وعن القفال والصيدلاني خلافه ؛ لأن الكاذب يوهم الكذب صدقاً ، بخلاف الشاعر ، فعلىٰ هـٰذا : لا فرق بين قليله وكثيره ، قال : وهـٰذا حسن بالغ ، وينبغي علىٰ قياسه أن التشبيب بالنساء والغلمان بغير تعيين لا يخل بالعدالة وإن كثر منه ؛ لأن التشبيب صنعة ، وغرض الشاعر تحسين الكلام لا تحقيق المذكور ، قال : وكذلك ينبغي أن يكون الحكم لو سمى امرأة لا يُدرىٰ من هي[2] .

رابعها : خرج بالمرأة : الغلام ، لكن قال الروياني : لو شبب بغلام وذكر أنه يعشقه . . فسق وإن لم يعينه ؛ لأن نظره بشهوة حرام ، واعتبر في « التهذيب » وغيره فيه التعيين كالمرأة ، حكاه عنهما في « أصل الروضة »[3] ، وقد عرفت بحث الرافعي المتقدم ، والله أعلم .

٦١٢٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٨] : (**والمروءة : تخلُّقٌ بخلق أمثاله في زمانه ومكانه**) قريب من قول « الحاوي » [ص ٦٦٩] : (**تارك غير لائق به**) ، وعبارة « الروضة » : وهي : التوقي عن الأدناس[4] ، وقال الرافعي : قيل : صاحب المروءة هو الذي يصون نفسه عن الأدناس ، ولا يشينها عند الناس ، وقيل : الذي يتحرز عما يسخر منه ويضحك ، وقيل : الذي يسير بسيرة أمثاله في زمانه ومكانه ، ولم يرجح شيئاً منها[5] .

واعترض شيخنا في « تصحيح المنهاج » علىٰ تعريف « المنهاج » بأنه قد يكون خلق أمثاله : حلق اللحىٰ ؛ كالقلندرية[6] مع فقد المروءة فيهم ، وقد يرتقي عن خلق أمثاله إلىٰ ما هو أعلىٰ منه ، فهو ذو مروءة ، وأنه يشمل فعل الطاعات واجتناب المحرمات مع أن المروءة زائدة علىٰ ذلك ، واختار أنها : صون النفس عن تعاطي مباحات أو مكروهات غير لائقة بفاعلها عرفاً ، أو دالة علىٰ قلة مبالاته بما يهتم به ، ثم ذكر أن البيهقي روىٰ بإسناده عن الشافعي أنه قال : المروءة أربعة

---

(١) في النسخ : (ومن زوجة أو أمة) ، ولعل الأولىٰ ما أثبت ، والله أعلم .

(٢) الروضة (١١/ ٢٢٩) .

(٣) الروضة (١١/ ٢٢٩) ، وانظر « التهذيب » (٨/ ٢٦٨) .

(٤) الروضة (١١/ ٢٣٢) .

(٥) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٢١) .

(٦) في (ب) : (كالقرندلية) ، وفي (ج) : (كالفريدلية) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله أعلم .

أركان : حسن الخلق ، والسخاء ، والتواضع ، والنسك[1] ، ثم جوز شيخنا حمل ذلك على المروءة التي تعتبر في قبول الشاهد ، وحمله على المروءة الكاملة التي يكون بعضها غير قادح في الشهادة ، وقسَّم الماوردي المروءة إلىٰ شرط في العدالة ، وهو مجانبة ما سخف من الكلام المؤذي أو المضحك ، وترك ما قبح من الفعل الذي يلهو به ، وغير شرط فيها ، وهو الإفضال بالمال والطعام ، والمساعدة بالنفس والجاه ، ومختلف فيه ، وهو أن يقتدي بأهل الصيانة دون أهل البذلة في ملبسه ومأكله وتصرفه ؛ فقيل : يعتبر في العدالة ، وقيل : لا ، وقيل إن نشأ عليها من صغره . . لم تقدح في عدالته ، وإلا . . قدحت ، وقيل : إن اختصت بالدين . . قدحت ، أو بالدنيا . . فلا ، فهـٰذه أربعة أوجه .

٦١٢٥ـ قول « المنهاج » في أمثلة مسقط المروءة [ص ٥٦٨] : (**الأكل في سوق**) و« التنبيه » [ص ٢٦٩] : (**ومن يأكل في الأسواق**) فيه أمور :

أحدها : أن محله في غير السوقي ، كما قاله في « الروضة »[2] ، وسبقه إليه القاضي حسين وغيره ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وكذا يستثنىٰ من أكل داخل حانوت مستتراً .

ثانيها : قيده في « الكفاية » بأن يكون بنصب مائدة ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ولم أجد ذلك في كلام غيره ، ولا فرق بين نصب مائدة وغيره قاعداً كان أو قائماً أو ماشياً أو راكباً ؛ لأنه خلاف عادة المروءة .

ثالثها : مقتضىٰ عبارة « المنهاج » : سقوطها بمرة واحدة ، ولا سيما وقد قال بعد ذلك [ص ٥٦٨] : (**وإكثار حكايات مضحكة**) ، وقد يقال : عبارة « التنبيه » تقتضي تكرر ذلك واعتياده ، وقال شيخنا ابن النقيب : فيه نظر[3] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : الذي يعتمد في ذلك أنه لا بد من تكرره تكرراً دالاً علىٰ قلة المبالاة ، وقد قال الشافعي رضي الله عنه : (فإذا كان الأغلب على الرجل الأظهر من أمره الطاعة والمروءة . . قبلت شهادته)[4] .

رابعها : عبارة « الوسيط » : الأكل في الطريق[5] ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو القياس إذا كان الطريق مطروقاً ؛ فإن المعنى الذي في السوق موجود هنا .

---

(١) انظر « سنن البيهقي الكبرىٰ » (١٠/ ١٩٥ ، ٢٠٦٠١) .
(٢) الروضة (١١/ ٢٣٢) .
(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ٢٥٩) .
(٤) انظر « الأم » (٧/ ٥٣) .
(٥) الوسيط (٧/ ٣٥٣) .

خامسها : خرج بالأكل : الشرب ، وفي « أصل الروضة » التسوية بينهما ، إلا أن يشرب لغلبة عطش[1] .

٦١٢٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٨] : (**والمشي مكشوف الرأس**) عبارة « أصل الروضة » : المشي في السوق مكشوف الرأس والبدن إذا لم يكن ممن يليق به مثله[2] ، وكان ينبغي أن يقول : (أو البدن) لأن أحدهما كان كاف ، والمراد : غير العورة ؛ فإن ذلك من المحرمات .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : الوقوف مكشوف الرأس في السوق أو الطريق أو ببابه ونحو ذلك بحيث لا يليق به كذلك .

٦١٢٧ـ قوله : (**وقبلة زوجة أو أمة بحضرة الناس**)[3] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : المراد : الناس الذين يستحي منهم في ذلك ، والتقبيل الذي يستحي من إظهاره ، فلو قبل زوجته بحضرة جواريه أو بحضرة زوجات له غيرها . . فإن ذلك لا يعد من ترك المروءة ، وما يعتاد من تقبيل العروس ليلة جلائها في عدِّه من ترك المروءة توقف ؛ لأن اعتياد ذلك أخرجه عن مقام الاستحياء ، وأما تقبيل الرأس ونحوه . . فلا يخل بالمروءة انتهىٰ[4] .

وقرن بذلك في « أصل الروضة » : أن يحكي ما جرىٰ بينهما في الخلوة[5] ، وكذا صرح في « المنهاج » بكراهته ، لكن في « شرح مسلم » : أنه حرام[6] .

٦١٢٨ـ قوله : (**وإكثار حكايات مضحكة**)[7] يقتضي أن ما عداه لا يتقيد بالإكثار ، وفيه ما تقدم .

٦١٢٩ـ قوله : (**ولبس فقيه قباء وقلنسوة حيث لا يعتاد**)[8] قيده في « أصل الروضة » بأن يتردد فيهما[9] ، ومقتضاه : أن لبسهما في البيت ليس كذلك .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهـٰذا إذا كان لا ينتابه الناس في بيته وهو علىٰ هـٰذه الحالة ، وإلا . . فهو كالتردد في البلد ، قال شيخنا : فلو اعتاد ذلك في بلده وجاء إلىٰ بلد لا يعتاد ذلك فيها . . فهل يتبع عادة البلد المنتقل إليها أو يترك علىٰ سجيته ؟ الثاني **أظهر** ، قال : وعلىٰ

---

(١) الروضة (١١/ ٢٣٢) .
(٢) الروضة (١١/ ٢٣٢) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٨) .
(٤) انظر « حاشية الرملي » (٤/ ٣٤٧) .
(٥) الروضة (١١/ ٢٣٢) .
(٦) شرح مسلم (١٠/ ٨) .
(٧) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٨) .
(٨) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٨) .
(٩) الروضة (١١/ ٢٣٢) .

هـٰذا : فينبغي أن يقال : حيث لا يعتاد لمن لم يعتده في بلده[1] .

٦١٣٠ـ قوله : (**وإكباب علىٰ لعب شطرنج**)[2] و« الحاوي » [ص ٦٦٩] : (**من إدامة لعب الشطرنج**) ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هـٰذا مخالف لظواهر نصوص الشافعي ، ولطريقة العراقيين ، وللمعتمد في الدليل إذا سلم من ارتكاب كبيرة وإصرار علىٰ صغيرة ، ولا يقوم عليه دليل ، **والأصح** : أن الشهادة لا ترد بمجرد هـٰذا ، فإن أخل بالمروءة ؛ كلعب به علىٰ طريق ونحوه . . التحق بتارك المروءة .

قلت : وكذا ذكره « التنبيه » في مسقطات المروءة كما سيأتي[3] .

٦١٣١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦٩] : (**والذي يلعب بالحمام**) أي : بالتطيير والمسابقة .

يقتضي رد شهادته مطلقاً ، لكن قيده « الحاوي » بالإدامة[4] ، وكذا في « أصل الروضة » فقال : فمن داوم على اللعب بالشطرنج والحمام . . ردت شهادته وإن لم يقترن به ما يوجب التحريم ؛ لما فيه من ترك المروءة[5] ، لكنه قال قبله بيسير : **الصحيح** : أنه مكروه ، ولا ترد الشهادة بمجرده ، فإن انضم إليه قمار ونحوه . . ردت[6] .

واعتمد شيخنا الإسنوي هـٰذا الثاني المذكور في « الروضة » أولاً ، واقتصر عليه في « تنقيحه » وقال في « تصحيحه » : **الأصح** : قبول شهادة من يلعب بالحمام علىٰ عكس ما في « التنبيه » . انتهىٰ[7] .

وقد يقال : تعبير « التنبيه » يدل على الاعتياد والمداومة كما تقدم فيمن يأكل في الأسواق .

٦١٣٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦٩] : (**ولا تقبل ممن لا مروءة له ؛ كالكناس ، والنخال ، والقمام ، والقيم في الحمام ، والذي يلعب بالحمام ، والقوال ، والرقاص ، والمشعوذ ، ومن يأكل في الأسواق ، ويمد [رجله]**[8] **عند الناس ، ومن يلعب بالشطرنج على الطريق**) ثم قال : (**وأما أصحاب المكاسب الدنيئة ؛ كالحارس والحائك والحجام . . فقد قيل : تقبل شهادتهم إذا حسنت طريقتهم في الدين ، وقيل : لا تقبل ، والأول أصح**) فيه أمران :

---

(١) انظر « حاشية الرملي » (٤/٣٤٧) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٨) .
(٣) التنبيه (ص ٢٦٩) .
(٤) الحاوي (ص ٦٦٩) .
(٥) الروضة (١١/٢٣٠) .
(٦) الروضة (١١/٢٢٧) .
(٧) تذكرة النبيه (٣/٥٢٦) .
(٨) في (ب) : (رجليه) .

أحدهما : أنه أخرج الكناس والمذكورين معه أولاً عن أصحاب الحرف الدنيئة ، والمنقول في الأربعة المذكورين أولاً : أنهم من أهل الحرف الدنيئة ، وممن صرح بذلك هو في « المهذب »[1] ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٥٦٩] : (**وحرفة دنيئة كحجامة وكنس ودبغ**) فسوّىٰ بين الكناس والحجام .

ثانيهما : أنه أطلق محل الخلاف في أصحاب المكاسب الدنيئة ، وكذا فعل الجمهور ، وقال الغزالي : الوجهان في أصحاب الحرف هما فيمن يليق به وكان ذلك صنعة آبائه ، فأما غيره فتسقط مروءته بها[2] ، قال الرافعي : وهـٰذا حسن ، ومقتضاه : أن يقال : الإسكاف والقصاب إذا اشتغلا بالكنس .. بطلت مروءتهما ، بخلاف العكس[3] ، وعليه مشى « المنهاج » فقيد رد شهادة ذي الحرفة الدنيئة بأن لا يليق به ، ثم قال : (**فإن اعتادها وكانت حرفة أبيه .. فلا في الأصح**)[4] ، وكذا في « الشرح الصغير » ، وعلىٰ ذلك يحمل إطلاق « الحاوي » في عد مسقط المروءة وحرف دنيئة .

لكن قال النووي في « الروضة » : لم يتعرض الجمهور لهـٰذا القيد ، وينبغي أن لا يقيد بصنعة آبائه ، بل ينظر هل يليق به هو أم لا[5] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : مقتضاه : أنه لا خلاف في رد شهادة من لم يعتدها ولا كانت حرفة أبيه ، وهـٰذا لا يعرف في كلام أحد من الأصحاب في الطريقين إلا في « الوسيط » و« الوجيز »[6] ، ثم بسط ذلك ، وقال قبل ذلك : الخياطة ليست حرفة دنيئة قطعاً ، والحرفة التي فيها مخامرة النجاسة دنيئة قطعاً ، وما بينهما فيه التردد ، لكن ترجح في الصباغ والصواغ القطع بالقبول ، وفي الحائك إجراء الخلاف ، **والأرجح** عندي : القطع فيه بالقبول أيضاً ، وكذا **الأرجح** في النحال : قبول شهادته خلافاً لمن قطع بردها كـ« التنبيه » ، ولا يظهر فيه ما يقتضي رد شهادته ولا دناءة حرفته . انتهىٰ .

وقول « التنبيه » : (**والقوال**) موافق لنقل الرافعي من مسقطات المروءة الاكتساب بالشعر والغناء ثم قال : وقد يقال : إذا استمرت العادة أن الشاعر يكتسب بشعره والمغني يتخذ صنعة الغناء حرفة ومكسباً .. فالاشتغال به ممن يليق بحاله لا يكون تركاً للمروءة ، وكلام الأصحاب محمول

---

(١) المهذب (٢/ ٣٢٥) .

(٢) انظر « الوسيط » (٧/ ٣٥٣) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٢٢) .

(٤) المنهاج (ص ٥٦٩) .

(٥) الروضة (١١/ ٢٣٣) .

(٦) الوسيط (٧/ ٣٥٣) ، الوجيز (٢/ ٢٤٨) .

علىٰ من لا يليق به ، قال : وقد رأيت ما ذكرته في الشاعر يكتسب بشعره لابن القاص[1] .

قول « الحاوي » في مسقط المروءة عطفاً علىٰ ما اعتبر فيه الإدامة وسماع الغناء والدف [ص ٦٦٩] : (**وبصنج**) أراد بالصنج : الجلاجل ؛ أي : أن سماع الدف ولو كان فيه جلاجل ليس بحرام ، لكن إدامته تسقط المروءة ، فلا ينافي ذلك عد الرافعي الصنج في المحرمات التي هي من شعار شاربي الخمر[2] ؛ لأن مراده به : ذو الأوتار الذي يختص به العجم .

٦١٣٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٩] : (**والتهمة : أن يجر إليه نفعاً أو يدفع عنه ضراً**) فيه أمران :

أحدهما : كان ينبغي أن يقول : (إلىٰ نفسه ، أو يدفع عن نفسه) فإنك لو قلت : جر زيد إليه . . كان ركيكاً ؛ لأنه يصير التقدير : جر زيد إلىٰ زيد ، وزيد هو الاسم ، وجر النفع ليس للاسم ، إنما هو للمسمىٰ ، وينضم إليه احتمال عود الضمير لغيره .

ثانيهما : كذا لو جر إلىٰ أصله أو فرعه ، أو دفع عن أصله أو فرعه كما لو شهد للأصيل الذي ضمنه ابنه بالأداء أو الإبراء ، ولا يقال : سيأتي أنها لا تقبل لأصل ولا فرع ؛ لأن ذاك فيما شهد لهما به مقصوداً ، وهنا ليس كذلك ، وقد سلم « الحاوي » من الأمرين بقوله [ص ٦٦٩] : (**غير متهم بجر ودفع**) و« التنبيه » من الأول بقوله [ص ٢٦٩ ، ٢٧٠] : (**ولا تقبل شهادة الجار إلىٰ نفسه نفعاً ولا الدافع ضرراً**) .

٦١٣٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٩] : (**فترد شهادته لعبده**) أي : المأذون ، كما قيده في « المحرر » و« الروضة » وأصلها ؛ لأنه متىٰ لم يكن مأذوناً . . كانت شهادة لنفسه[3] .

واستثنىٰ شيخنا في « تصحيح المنهاج » من ذلك : شهادته له علىٰ شخص بأنه قذفه . . فتقبل ، قاله تخريجاً ، قال : ولو شهد لعبده بأن زوجته تسلمت منه الصداق من كسبه في أيام بائعه أو مشتريه ، وقلنا : إنه يعود للبائع كله بالفسخ قبل الدخول أو شطره بالطلاق قبل الدخول وهو **الأصح** في أيام بائعه خلافاً للمصحح في « أصل الروضة » في الصداق . . فتقبل ؛ لأن النفع لا ينجر للمشتري بل للبائع ، قال : والعبد الموصَىٰ بإعتاقه إذا قلنا : يكون كسبه قبل الإعتاق له دون الوارث لو شهد له الوارث علىٰ شخص استوفىٰ منفعته مدة . . قبلت وإن كان عبده ؛ لأنه لا يجر إلىٰ نفسه نفعاً ، ولو استلحق عبده لقيطاً وقلنا : لا يصح استلحاقه ، فشهد له مالكه . . قبلت ؛ لأنه لا يجر إليه نفعاً ، ولو قذف عبدٌ زوجته بزنا فشهد مالكه بذلك مع غيره . . ففيه تردد ، **والأرجح** : أنها

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ١٨) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ١٥) .

(٣) المحرر (ص ٤٩٧) ، فتح العزيز (١٣/ ٢٣) ، الروضة (١١/ ٢٣٤) .

لا تقبل ؛ لأنه يدفع الحد عن عبده ، فيجر لنفسه نفعاً . انتهىٰ[1] .

٦١٣٥ـ قول « التنبيه » في أمثلة ذلك [ص ٢٦٩] : (**وشهادة الغرماء للمفلس بالمال**) محله : ما إذا كان بعد الحجر كما قيده « المنهاج »[2] ، وأجاب عنه في « التوشيح » : بأن المفلس في اصطلاح الفقهاء : من حجر عليه .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ظاهره تخصيصه بما إذا كان للشاهد دين موجود ؛ لأنه الغريم حقيقة ، فلو استوفى الدين لحدوث مال المفلس أو جوزنا الحجر بالدين المساوي للمال . . قبلت شهادته ، قال : وقد يمنع ؛ لاحتمال ظهور غريم ، قال : والتقييد بحجر الفلس يخرج حجر السفه والمرض ونحوهما ، لكن المرتد يقضي ديونه من ماله على الأقوال كلها ، فلو شهد غريم المرتد له بمال . . لم تقبل شهادته ؛ لأن حاله أشد من المفلس ، وهو قريب من الميت .

٦١٣٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦٩ ، ٢٧٠] : (**والوكيل للموكل**) أي : بما هو وكيل فيه كما قيده به « المنهاج »[3] ، ولو عبر بقوله : (فيما هو وكيل فيه) كما فعل في « المحرر » و« أصل الروضة »[4] . . لكان أولىٰ ؛ ليتناول من وكل في شيء بخصومة أو تعاطي عقد فيه أو حفظه أو نحو ذلك . . فإنه لا تقبل شهادته لموكله في ذلك ؛ لأنه يجر لنفسه نفعاً باستيفاء ماله في ذلك من التصرف ، وإن لم يشهد بنفس ما وكل فيه ، وقد يفهم من كلامهما القبول فيما إذا عزل نفسه ، ومحله : ما إذا لم يخاصم ، فإن خاصم ثم عزل نفسه وشهد . . لم تقبل ، وفي « أصل الروضة » في الوكالة عن « النهاية » من غير مخالفة : أن وكيل المدعىٰ عليه لا تقبل تزكيته لبينة المدعي ؛ لأنها كالإقرار في قطعها للخصومة ، وليس للوكيل ذلك[5] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو عندي متعقب ؛ لعدم النفع والضر ، فردها لا وجه له ، ومجرد التعديل لا يقطع الخصومة ؛ لما يقوم بعده من الدوافع . انتهىٰ .

وذكر « التنبيه » مع شهادة الوكيل : شهادة الوصي لليتيم[6] ، وفي معناه : قيم الحاكم ، والمراد : الشهادة في محل التصرف .

٦١٣٧ـ قول « المحرر » [ص ٤٩٧] : (**والضامن للأصيل بالإبراء أو الأداء**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٥٦٩] : (**وببراءة من ضمنه**) لاحتمال شهادة الأصيل ببراءة من ضمنه ، وهي

---

(١) انظر « حاشية الرملي » (٤/٣٤٩) .
(٢) المنهاج (ص ٥٦٩) .
(٣) المنهاج (ص ٥٦٩) .
(٤) المحرر (ص ٤٩٧) ، الروضة (١١/ ٢٣٤) .
(٥) الروضة (٤/ ٣٢١) ، وانظر « نهاية المطلب » (٧/ ٣٧) .
(٦) التنبيه (ص ٢٦٩) .

مقبولة ، والممنوعة إنما هي شهادة الضامن ببراءة مضمونه الذي هو الأصيل ولإسقاطه الأداء ، وفي معنىٰ ذلك : من ضمنه عبده ، أو مكاتبه ، أو غريم له ميت ، أو محجور عليه بفلس ، ومن ضمنه أصله أو فرعه .

٦١٣٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٩] و« الحاوي » [ص ٦٧٠] : (**وبجراحة مورثه**) أي : قبل الاندمال ، كما صرح به « المنهاج » في دعوى الدم[١] ، وصرح به « التنبيه » هنا[٢] ، وفي معنى المندملة : ما إذا كانت بحيث لا تسري إلى النفس ، وفي كلامهم أمور :

أحدها : محله : فيما إذا كان وارثاً عند الشهادة ، وإليه أشار « الحاوي » بقوله [ص ٦٧٠] : (**لداها**) فإن كان محجوباً . . قبلت ، ولا يضر زوال الحجب وارثه بعد الحكم .

ثانيها : لو قالوا : (إن فلاناً جرح مورثه) كما في « المحرر »[٣] . . لكان أولىٰ ؛ فقد يشهد بجراحة مورثه علىٰ غير معين ؛ لإيقاع عتق أو طلاق أو غير ذلك من قيام عذر للمجروح في ترك حضور وظيفة أو مجلس حكم . . فتقبل شهادته .

ثالثها : قال ابن أبي عصرون : لو كان على المجروح دين يستغرق أرش الجراحة . . قبلت شهادة وارثه بها ؛ لانتفاء التهمة ، قال في « المهمات » : وفيه نظر ؛ لأن الدين لا يمنع الإرث ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه مردود ، قال : ولو كان المجروح عبداً ثم أعتقه سيده بعد الجرح ، فادعى السيد بالجرح على الجارح ، وأنه هو المستحق لأرشه ؛ لأنه كان في ملكه فشهد له وارث المجروح . . فإنه تقبل شهادته ، لعدم المعنى المقتضي للرد ، قال : ولم أر من تعرض لهـٰذه الصورة .

٦١٣٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٠] : (**وإن شهد الوارث للمورث في المرض** ـ أي : بمال ـ . . **لم تقبل ، وقيل : تقبل**) **الأصح** : القبول ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٧٠] : (**لا بمال**) ، و« المنهاج » فقال [ص ٥٦٩] : (**ولو شهد لمورث له مريض أو جريح بمال قبل الاندمال . . قبلت على الأصح**) وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه مشكل ؛ فإن الجراحة القائمة التي من شأنها أن تسري إلى النفس مانعة من قبول الشهادة بها ، فكذلك ينبغي أن تكون مانعة من قبول الشهادة بمال غير أرشها ؛ لاشتراكهما في التهمة ، وليست الشهادة بالجرح المذكور أقوىٰ من الشهادة بالمال للمجروح المذكور ، بل الشهادة بالمال ناجزة بخلاف الجرح . انتهىٰ .

وعلى **الأصح** : لو مات المشهود له ؛ إن كان بعد الحكم . . أخذ الوارث المال ، وقبله . .

---

(١) المنهاج (ص ٤٩٧) .

(٢) التنبيه (ص ٢٦٩) .

(٣) المحرر (ص ٤٩٧) .

فلا ، ذكره البغوي في « فتاويه » ، وتقدم نظيره ، وأطلق « التنبيه » و« المنهاج » محل الخلاف ، ومحله : أن يكون في مرض الموت ، كما قيده به « المنهاج » في دعوى الدم[1] ، ووقع في « شرح ابن يونس » بعد قول « التنبيه » : (**في المرض**) زيادة : (ثم برأ) ، وليست في « الكفاية » ، واعترض صاحب « التنويه » علىٰ إثباتها ؛ بأنه لا فرق بين أن يبرأ من ذلك المرض أو لا ، قال : ولم يذكره في « المهذب » ولا مشاهير الكتب . انتهىٰ .

وكان «المنهاج» غنياً عن ذكر هـٰذه المسألة والتي قبلها؛ لتقدمهما في دعوى الدم أبسط وأصوب.

٦١٤٠ـ قولهما ـ والعبارة لـ « التنبيه » ـ : (**ولا تقبل شهادة الدافع عن نفسه ضرراً ؛ كشهادة العاقلة علىٰ شهود القتل بالفسق**)[2] محله : ما إذا كان غير عمد بحيث تحمله العاقلة ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٦٧٠] : (**والعاقلة بفسق شهود الخطأ**) ومثله شبه العمد ، وقد عبر « المنهاج » في دعوى الدم بعبارة شاملة ، فقال [ص ٤٩٧] : (**بفسق شهود قتل يحملونه**) ، ومع ذلك فأورد عليه : أنهم لو كانوا فقراء . . لم يحملوه ، ومع ذلك فلا تقبل شهادتهم بذلك كما نص عليه ، ونص في الأباعد على السماع ، **والأصح** : تقريرهما ؛ لأن الغني غير مستبعد ، بخلاف موت القريب ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٦٧٠] : (**ولو فقراء لا أباعد**) .

٦١٤١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٩] : (**وغرماء مفلس بفسق شهود دين آخر**) استثنىٰ منه شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ما إذا كان للغريم الشاهد رهن بدينه ولا مال للمفلس غيره ، أو له مال ويقطع بأن الرهن يوفي الدين المرهون به . . فتقبل ؛ لفقد ضرر المزاحمة ، قال : ولم أر من تعرض له ، والقواعد تقتضيه[3] .

٦١٤٢ـ قوله : (**ولو شهدا لاثنين بوصية فشهدا للشاهدين بوصية من تلك التركة . . قبلت الشهادتان في الأصح**)[4] عبر في « الروضة » بالصحيح[5] .

٦١٤٣ـ قولهم ـ والعبارة لـ « المنهاج » ـ : (**ولا تقبل لأصل ولا فرع**)[6] محله : ما إذا لم يكن ضمنياً ؛ كأن ادعىٰ شخص شراء عبد في يد زيد من عمرو بعد ما اشتراه عمرو من زيد وشهد له أبناء زيد . . **فالأظهر** في « أصل الروضة » : القبول[7] .

---

(١) المنهاج (ص ٤٩٧) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٠) ، و« الحاوي » (ص ٦٧٠) ، و« المنهاج » (ص ٥٦٩) .
(٣) انظر « حاشية الرملي » (٤/ ٣٥٠) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥٦٩) .
(٥) الروضة (١١/ ٢٣٦) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ٢٦٩) ، و« الحاوي » (ص ٦٧١) ، و« المنهاج » (ص ٥٦٩) .
(٧) الروضة (١١/ ٢٣٥٦) .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ولا يحتاج عندي لهـٰذا التصوير ، بل لو ادعىٰ علىٰ زيد أنه باعه فشهد ابناه . . قبلت شهادتهما .

ولا عاماً ؛ كأن ادعى السلطان علىٰ شخص بمال لبيت المال فشهد بذلك فرعه أو أصله . . قبلت ، قاله الماوردي .

ولا مما يقبل فيه قول الفرع أو الأصل ؛ كما إذا ادعىٰ أن زيداً وكله فشهد له بذلك أصله أو فرعه . . فتقبل وفاقاً لابن الصباغ خلافاً للشيخ أبي حامد ، وذكر شيخنا : أن القبول أرجح .

٦١٤٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٩] : (**وتقبل عليهما**) لا يخفىٰ أن محله : إذا لم يكن مع كونها عليهما لأصل أو فرع ؛ كأن يشهد لأحد ابنيه على الآخر بمال ، لكن في « فتاوى القاضي حسين » : لو أتت زوجة رجل بولد فنفاه فشهد أبوه مع أجنبي أنه أقر أنه ولده . . يحتمل وجهين ، **والأصح** : القبول ؛ احتياطاً للنسب ؛ ولأنه شهد على ابنه وإن كان في ضمنه الشهادة لحفيده .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : والظاهر أن صورته بعد دعوىٰ ، فقبلها ينبغي قبوله قطعاً إذا قبلنا شهادة الحسبة في النسب ، وهو المذهب . انتهىٰ .

ولو شهد علىٰ أبيه أنه طلق أمه ؛ فإن كان قبل دعواها . . قبلت ، وإلا . . فلا ، كما في « أصل الروضة »[1] .

٦١٤٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦٩] : (**ولو شهد علىٰ أبيه أنه طلق ضرة أمه أو قذفها . . ففيه قولان ، أحدهما : تقبل شهادته ، والثاني : لا تقبل**) **الأظهر** : القبول ، وعليه مشى « المنهاج »[2] ، وأطلقا الخلاف ، ومحله : أن تكون أمه تحت أبيه ، فإن لم تكن تحته . . قبلت قطعاً ، **ورجح** شيخنا في « تصحيح المنهاج » في صورة القذف : القطع بالقبول **على الجديد** ، وإن جرىٰ في صورة الطلاق **على الجديد** . . قولان .

٦١٤٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٠] : (**وإن جمع في الشهادة بين ما يقبل وما لا يقبل . . ففيه قولان ، أحدهما : ترد في الجميع ، والثاني : تقبل في أحدهما دون الآخر**) **الأظهر** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٥٦٩] : (**وإذا شهد لفرع وأجنبي . . قبلت للأجنبي في الأظهر**) ، وعبارة « الروضة » : في **الأصح** أو الأظهر[3] .

قال شيخنا في «تصحيح المنهاج»: ومحل هـٰذا: ما إذا لم يكن في مشترك بحيث ينفرد الأجنبي بما شهد له به، فأما في مشترك لا ينفرد الأجنبي بشيء منه؛ كالإرث. . فلا تقبل فيه الشهادة للأجنبي أيضاً. انتهىٰ.

---

(١) الروضة (١١/٢٣٦) .

(٢) المنهاج (ص ٥٦٩) .

(٣) الروضة (١١/٢٣٧) .

ويرد علىٰ إطلاق « التنبيه » : ما إذا قال : قذفني وفلاناً . . **فالصحيح** في « الكفاية » : منع طرد القولين في هـٰذه الصورة للعداوة ، بل ترد في الجميع .

٦١٤٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٠] : (**وتقبل شهادة الزوج لزوجته**) يفهم منع شهادتها له ، وهو وجه ، **الأصح** : خلافه ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٥٦٩] : (**وتقبل لكل من الزوجين**) ويستثنىٰ منه : ما إذا شهد لزوجته بأن فلاناً قذفها علىٰ أحد وجهين ، ذكرهما في « النهاية » ، وأشعر كلامه بترجيحه .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو **الأرجح** ، وقد يفهم منع قبول شهادة أحدهما على الآخر، وليس كذلك، إلا إذا شهد عليها بالزنا . . فلا تقبل ، وقد صرح به « التنبيه » و« الحاوي » .

٦١٤٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٩] : (**ولأخ**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محله ما إذا لم يشهد له بالنسب على المنكر من الورثة ، فإن شهد بذلك . . **فالأرجح** : أنه لا تقبل شهادته ؛ لأن فيها الشهادة لنفسه بنسب المشهود له ، قال : وفي « تعليق الشيخ أبي حامد » ما يخالف ذلك ، وفي زيادة « الروضة » في آخر الإقرار بالنسب عن القاضي أبي الطيب من غير مخالفة قبول شهادة الأخوين على المنكِر بأخوة رابع ؛ لأن فيها ضرراً عليهما ؛ فشهادتهما أولىٰ من شهادة الأجنبيين[1] ، قال شيخنا : وهو مردود بما إذا شهد ابنان من الورثة بزوجية أمهما وبقية الورثة منكرون . . فإنه لا تقبل شهادتهما لأمهما وإن كان فيها ضرر عليهما ، كذلك لا تقبل شهادتهما لنفسهما بالأخوة وإن كان في ذلك ضرر عليهما .

٦١٤٩ـ قولهم ـ والعبارة لـ « التنبيه » ـ : (**ولا تقبل شهادة العدو علىٰ عدوه**)[2] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : مقتضاه : أن محل رد الشهادة : ظهور العداوة ، وليس كذلك ، بل ما دل على العداوة من المخاصمة ونحوها كاف في ذلك كما نص عليه في « مختصر المزني » فقال في كتاب الشهادات : (لا تجوز شهادته علىٰ خصمه ؛ لأن الخصومة موضع عداوة)[3] .

٦١٥٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٩] : (**وهو من يبغضه بحيث يتمنىٰ زوال نعمته ، ويحزن بسروره ، ويفرح بمصيبته**) فيه أمور :

أحدها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ذكر البغض ليس في « المحرر » و« الروضة » وأصلها ، ولم يذكره أحد من الأصحاب ، ولا معنىٰ لذكره في هـٰذا الموضع ؛ لأن العداوة غير البغضاء ، قال الله تعالىٰ : ﴿ وَبَدَا بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمُ ٱلْعَدَٰوَةُ وَٱلْبَغْضَآءُ ﴾ ، والفرق بينهما : أن البغضاء

---

(١) الروضة (٤/٤٢٥) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٠) ، و« الحاوي » (ص ٦٧٠) ، و« المنهاج » (ص ٥٦٩) .

(٣) مختصر المزني (ص ٣١٠) .

بالقلب ، والعداوة بالفعل ، وهي أغلظ ، فلا يفسر الأغلظ بالأخف .

ثانيها : قال شيخنا أيضاً : تمني زوال نعمته ليس تفسيراً لعداوة ، وإنما هو الحسد ، وهو حرام ، وقد ينتهي الحال فيه إلى الفسق ، والكلام في عداوة لا يفسق بها .

قلت : ولذلك لم يذكر « الحاوي » البغض ولا تمني زوال النعمة ، بل اقتصر على الفرح بحزنه والحزن بفرحه[1] .

ثالثها : ذكر شيخنا المذكور أيضاً : أن تعريف العداوة بالحزن بسروره ، والفرح بمعصيته ، ذكره القاضي حسين والإمام والغزالي[2]، وهو مخالف لمقتضىٰ نصوص الشافعي وكلام أصحابه . انتهىٰ .

واعلم : أنه يرد علىٰ إطلاق « التنبيه » و« الحاوي » : أن العداوة التي ترد بها الشهادة هي الدنيوية لا الدينية ، وقد أشار بذلك « المنهاج » بقوله [ص ٥٦٩] : (**وتقبل له ، وكذا عليه في عداوة دين ككافر ومبتدع**) .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ومقتضىٰ كلامه : عدم قبول شهادة المبتدع على السني ؛ كشهادة الكافر على المسلم ، وليس كذلك ، بل تقبل على السني إذا لم يكفر ببدعته ، ولم يستحل الشهادة لموافقه بما لا يعلمه ، ولا أن ينال من بدن مخالفه أو ماله شيئاً يجعل الشهادة بالباطل ذريعة إليه ، وقد نص علىٰ ذلك الشافعي رضي الله عنه[3] .

٦١٥١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٩] : (**وتقبل شهادة مبتدع لا نُكَفِّره**) نص الشافعي رحمه الله علىٰ قبولهم إلا الخطابية[4] ؛ أي : إذا شهد الواحد منهم لمثله كما صرح به الرافعي في قتال البغاة[5] ، وهم قوم يجوزون الشهادة لصاحبهم إذا سمعوه يقول : لي علىٰ فلان كذا . . فالجمهور أجروا النص علىٰ ظاهره ، وقبلوا الجميع ، حتىٰ من يسب الصحابة ، ومنهم من رد شهادة الجميع وتأول هـؤلاء النص على المخالفين في الفروع ، وجعلوهم أولىٰ بالرد من الفسقة ، ومنهم من فرق ، فرد أبو إسحاق شهادة من أنكر إمامة أبي بكر دون من فضل علياً عليه ، ورد الجويني شهادة من يسب الصحابة ويقذف عائشة ، وعليه جرى الإمام والغزالي والبغوي[6] ، واستحسنه الرافعي[7] ، وفي « الرقم » : رد شهادة الخوارج ، وصوب النووي قول الفرقة الأولىٰ ، وهو قبول

---

(١) الحاوي (ص ٦٦٩) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٩/ ١٢ ، ١٣) ، و« الوجيز » (٢/ ٢٤٩) .
(٣) انظر « الأم » (٤/ ٢١٧) .
(٤) انظر « مختصر المزني » (ص ٢٥٨) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٨٢) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (١٩/ ١٨) ، و« الوجيز » (٢/ ٢٤٩) ، و« التهذيب » (٨/ ٢٦٩) .
(٧) انظر « الروضة » (١١/ ٢٤٠) ، و« الأم » (٦/ ٢٠٥) .

الجميع ؛ يعني : إلا الخطابية ، وإلا قاذف عائشة ؛ فإنه كافر ، وحكىٰ عن النص قبول شهادته ولو استحل الدم والمال .

وهو مخالف لكلام الرافعي في قتال البغاة : أنه ترد شهادة الواحد منهم إذا استحل دماء أهل العدل أو أموالهم ، ولو ذكر الخطابي في شهادته ما يقطع الاحتمال فقال : سمعته يقر له بكذا أو رأيته يقرضه . . قبل في **الأصح** ، وعبارة « المنهاج » تدل على انقسام الابتداع إلىٰ مكفر وغيره ، والجمهور علىٰ عدم تكفير مبتدعي أهل القبلة ، لكن اشتهر عن الشافعي تكفير نافي علم الله بالشيء قبل خلقه ، قال النووي : ولا شك في كفره ، ونقل عنه تكفير نافي رؤية الله تعالىٰ مطلقاً ، والقائل بخلق القرآن ، وتأوله الإمام بإلزامهم الكفر في مناظرة[1] .

قال النووي : **فالمختار** تأويله ، واستحسن تأويل الإمام ، وتأوله البيهقي وآخرون[2] ، وفي صفة الأئمة من « شرح المهذب » تكفير المجسمة[3] .

ومال شيخنا في « تصحيح المنهاج » إلىٰ عدم تأويل تكفير القائل بخلق القرآن ، وقال : كيف تؤول الفتوىٰ بالقتل ، وإن قيل : يحمل على التهويل لا على الحقيقة . . قلنا : هـٰذا تأويل باطل ؛ للتصريح بما يبطله ، وقد صرح جمع السلف بعدم الإرث ، وعدم حل المناكحة ، والتفريق بينه وبين زوجته ، ووجوب قتله ، وغير ذلك . انتهىٰ .

٦١٥٢ـ قولهما : (**لا مغفل**)[4] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه لا يستقيم التعبير به ؛ لأن المعنىٰ : غفّله غيره ، وما كان تعديه بالتضعيف لا يكون التضعيف فيه دالاً علىٰ كثرة ذلك الشيء من الذي وقع عليه هـٰذا الفعل ، فلا يناسب المقام ، قال : وفي « تفسير ابن عطية » ما يقتضي أن البناء المذكور يقتضي المبالغة ، فقال في قوله في البقرة : (مسلَّمة) ، أنه بناء مبالغة من السلامة[5] ، قال شيخنا أبو حيان : وقاله غير ابن عطية[6] ، وليس كما ذكرا ؛ لأن التضعيف الذي في مسلّمة ليس لأجل المبالغة ، بل هو تضعيف النقل والتعدية ، فليس إذاً بناء مبالغة ، بل هو المرادف للبناء المعدَّىٰ بالهمزة ، وما قاله شيخنا هو الصواب ، والذي اعتبره الشافعي في ذلك كثرة الغفلة . انتهىٰ .

٦١٥٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٩] : (**ولا مبادر**) أي : بالشهادة قبل الدعوىٰ ، وكذا بعدها

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٩/ ١٨) .

(٢) انظر « الروضة » (١١/ ٢٣٩) .

(٣) المجموع (٤/ ٢٢٢) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٦٩) ، و« المنهاج » (ص ٥٦٩) .

(٥) المحرر (١/ ١٦٤) .

(٦) انظر « البحر المحيط » (١/ ٤٢٢) .

وقبل أن يستشهد **في الأصح** ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٦٧٠] : (**ومبادرة قبل الطلب**) وقد يفهم من « المنهاج » رد شهادة المبادر مطلقاً ، وليس كذلك ، **فالأصح** : أنه ليس مجروحاً ، فلو أعاد التي بادر فيها بعد الطلب ولو في ذلك المجلس . . قبلت ؛ ولذلك صرح « الحاوي » بأنه إذا زال البدار . . قبلت[1] .

٦١٥٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٩] : (**وتقبل شهادة الحسبة في حقوق الله تعالىٰ ، وفيما له حق مؤكد**) اقتصر « الحاوي » على الثاني[2] ؛ لفهم الأول من طريق الأولىٰ ؛ ولذلك قيد ذكره في « أصل الروضة » ، فحكىٰ عن « الفتاوىٰ » أنه لو شهدا بأن فلاناً أخو فلانة من الرضاع . . لم يكف حتىٰ يقولا : وهو يريد أن ينكحها ، وأنه لو شهد اثنان بطلاق وقضى القاضي بشهادتهما ثم شهد آخران بأخوة بين المتناكحين . . لم تقبل هـٰذه الشهادة ؛ إذ لا فائدة لها في الحال ، ولا عبرة بأنهما قد يتناكحان بعد ، وأن الشهادة علىٰ أنه أعتق عبده إنما تسمع إذا كان المشهود عليه يسترقه ، ثم قال : وهـٰذه الصُوَرُ تفهمك أن شهادة الحسبة إنما تسمع عند الحاجة[3] .

ونازع شيخنا في « تصحيح المنهاج » في الصورة الثانية ، وقال : **الأرجح فيها** : قبول الشهادة الآن دفعاً لما يتوهم في المستقبل من إرادة نكاح من كانت زوجته ، فتقطع المادة في ذلك بإثبات الأخوّة ، وفي الثالثة أيضاً ، وقال : لا يتوقف سماعها على الاسترقاق ، بل تسمع حيث حصلت فائدة .

٦١٥٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٩] : (**كطلاق**) **أي** : بلا عوض ، أما الخلع . . فأطلق البغوي المنع فيه ، وقال الإمام : تسمع في الفراق دون المال ، قال : ولا أبعد ثبوته تبعاً ، ولا إثبات الفراق دون البينونة ، كذا في « أصل الروضة »[4] .

قال في « المهمات » : وجزم الخوارزمي أيضاً بمقالة البغوي ، **والراجح** : ما قاله الإمام ؛ فقد سبقه إليه القاضي حسين ، واختاره في « الوسيط » وغيره ، وعليه مشى « الحاوي » فجعل الخلع مما يقبل فيه شهادة الحسبة ، لكن في كلامه إيهام ثبوت المال أيضاً[5] .

٦١٥٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٦٩] : (**وكذا النسب على الصحيح**) كان ينبغي التعبير **بالأصح** ؛ لقوة مقابله ؛ فقد جزم به القاضي حسين وغيره ، ومحل الخلاف : ما إذا لم تتعذر الدعوىٰ به من مدّعيه ، فإن تعذرت . . ثبت قطعاً ، ذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » .

---

(١) الحاوي (ص ٦٧٠) .
(٢) الحاوي (ص ٦٧٠) .
(٣) الروضة (١١/ ٢٤٤ ، ٢٤٥) .
(٤) الروضة (١١/ ٢٤٣) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٩/ ٨٥) .
(٥) الحاوي (ص ٦٧١) .

٦١٥٧ـ قول « الحاوي » [ص ٦٧١] : (**لا الوقف**) أي : علىٰ معين ، فإن كان علىٰ جهة عامة . . قبلت فيه شهادة الحسبة ، وفي « فتاوى البغوي » : لو وقف داراً علىٰ أولاده ثم على الفقراء ، فاستولىٰ عليها ورثته وتملكوها ، فشهد شاهدان حسبة قبل انقراض أولاده علىٰ وقفيته . . قبلت شهادتهما ؛ لأن آخره على الفقراء ومما يستغرب قوله في الفتاوى المذكورة : أنه تقبل الشهادة حسبة بالسفه ، ويجوز للقاضي أن يحجر عليه في غيبته ؛ لأنه يتعلق به حقوق الله تعالىٰ .

٦١٥٨ـ قولهما ـ والعبارة لـ « المنهاج » ـ : (**ومتىٰ حكم بشاهدين فبانا كافرين أو عبدين أو صبيين . . نقضه هو وغيره ، وكذا فاسقان في الأظهر**)[١] فيه أمور :

أحدها : أنه لو بان أحدهما كذلك . . كان الحكم كذلك ، ولا يستثنىٰ منه : ما إذا كان الحق مما يثبت بشاهد ويمين ، وحلف يمين الاستظهار ، وتبرع بأن تعرض فيها لصدق شاهديه على **الأرجح** عند شيخنا في « تصحيح المنهاج » من تردد له ؛ لأن مستند الحكم لا بد أن يتعين للحاكم ، ولم يتعين له أن الشاهد واليمين مستند الحكم .

ثانيها : المراد : أنهما بانا بهٰذه الصفة عند أداء الشهادة أو عند الحكم ، ولا تأثير لذلك بعد الحكم بلا خلاف ، وفي « أصل الروضة » : أن لو فسق الشاهدان أو ارتدا بعد الحكم وقبل الاستيفاء . . فهو كرجوع الشاهدين ، وهو مردود[٢] .

ثالثها : لو كان من عقيدة الحاكم الحكم بشهادة العبد أو الكافر إما علىٰ مثله أو بالوصية في السفر . . لم ينقض ، ذكره في « أصل الروضة » في العبد[٣] ، وقاس عليه شيخنا في « تصحيح المنهاج » الكافر ، ثم حكىٰ عن « البحر » أنه خالف فيه ؛ لعدم علم الحاكم بأنه عبد حتىٰ يكون حاكماً به في محل الخلاف ، وقال : لا فرق بين أن يكون الحاكم بقوله ممن يرىٰ قبول قوله أو لا ، قال شيخنا : **والأرجح** : أن عقيدة الحاكم إذا لم يمنع من ذلك . . لا يكون حكمه منقوضاً عنده ، وكذا عند غيره إذا لم يكن هناك دليل يقتضي النقض .

رابعها : مقتضاه : الاحتياج إلىٰ نقض ، وليس كذلك ، وإنما يتبين أن الحكم لم يصادف محلاً ، وعبارة « المختصر » الرد ، ولم يذكر النقض .

خامسها : حكى الماوردي طريقة القطع بالنقض في الفاسقين عن الجمهور[٤] ، وصححها شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، قال : وينبغي النقض قطعاً إذا كان فسقه باعتراف المحكوم له ،

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٣) ، و« المنهاج » (ص ٥٦٩) .

(٢) الروضة (١١/ ٢٥١) .

(٣) الروضة (١١/ ٢٥١) .

(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٧/ ٢٥٠) .

واستند القاضي في عدالته إلىٰ علمه ، ثم يذكر فسقه ، ولو أثبتنا الخلاف في غير هاتين الصورتين ، قال : ولم أر من تعرض له .

٦١٥٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٣] : (**ومتىٰ نقض الحكم ؛ فإن كان المحكوم به إتلافاً كالقتل والقطع** . . **ضمنه الإمام**) قد يفهم أنه عليه ، **والأصح** : أنه علىٰ عاقلته ، وقد تقدم ذلك في باب العاقلة ، ومحله : إذا لم يقصر في البحث عن حال الشاهدين ، فإن قصر في ذلك . . فالضمان عليه ، بل رجح الإمام : وجوب القصاص .

٦١٦٠ـ قولهم : (**ولو شهد كافر ثم أعادها بعد كماله** . . **قبلت**)(١) محله في المعلن بكفره ، فأما المسر بكفره . . فلا تقبل منه إذا أعادها علىٰ **الأصح** في « أصل الروضة »(٢) ، وقال في « المطلب » : فيه نظر ؛ لأنه إذا ظهر كفره . . يعيّر بإخفاء دينه لا بنفس كفره ، والفاسق يعير بفسقه لا بإخفائه ، ثم للاجتهاد في الفسق والعدالة أثر لا يظهر مع الإسرار به إلا بالاجتهاد ، والكفر والإسلام لا اجتهاد فيه ؛ فإن الحاكم إذا جهل ذلك . . استنطقه بالشهادتين .

وتعقبه شيخنا في « تصحيح المنهاج » بأن المسر لكفره إذا ظهر . . يعير بكفره الذي كان عليه من الزندقة ، فهو والفاسق في ذلك سواء ، وأما استنطاقه بالشهادتين . . فلا يخلص إلا في دفع القتل عنه ، لا في مصيره مسلماً مقبول الشهادة .

٦١٦١ـ قولهم ـ والعبارة لـ « التنبيه » : (**ولو شهد الفاسق ثم تاب وأعاد تلك الشهادة** . . **لم تقبل**)(٣) محله : ما إذا كان مخفياً فسقه ، أو معلناً وأصغى القاضي إلىٰ شهادته ثم ردها ، فأما إذا لم يُصغ إليها وهو **الأصح** . . فلا ترد شهادته بها بعد التوبة ، وهو مفهوم من قولهم : شهد وأعاد ، وألحق شيخنا في « تصحيح المنهاج » بذلك : ما لو كان فسقه مختلفاً فيه ، أو كان مع فسقه أهلاً للشهادة عند قوم محكي عنهم قبول شهادة الفاسق الذي لا يكذب ، وشهد عند من يرىٰ فسقه أو يرىٰ أنه لا تقبل شهادته وإن كان لا يكذب ولم يحكم برد شهادته ، وإنما توقف ليستبرىء حاله ثم تاب وأعاد تلك الشهادة . . فإنها تقبل ؛ لأنه لا يدفع عن نفسه عار الكذب ، ولا عار الرد ؛ لأنه لم يوجد رد . انتهىٰ .

وذكر « التنبيه » مع الفاسق : من لا مروءة له ثم حسنت حاله(٤) ، ويندرج فيه أصحاب المكاسب الدنيئة إذا رددنا شهادتهم .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٠) ، و« الحاوي » (ص ٦٧٠) ، و« المنهاج » (ص ٥٧٠) .
(٢) الروضة (١١/٢٤٢) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٠) ، و« الحاوي » (ص ٦٧٠) ، و« المنهاج » (ص ٥٧٠) .
(٤) التنبيه (ص ٢٧٠) .

٦١٦٢ـ قوله : (**وإن شهد الوارث لمورثه بالجراحة قبل الاندمال ، فردت شهادته ثم اندمل الجرح وأعاد الشهادة . . فقد قيل : تقبل ، وقيل : لا تقبل**)[١] **الأصح** : أنها لا تقبل ، وذكر « الحاوي » عدم القبول أيضاً فيما لو شهد علىٰ عدوه ثم زالت العداوة وأعادها[٢] ، أو لمكاتبه ثم أعتقه وأعادها .

٦١٦٣ـ قولهم ـ والعبارة لـ « المنهاج » ـ : (**وتقبل شهادته غيرها بشرط اختباره بعد التوبة مدة يظن صدق توبته**)[٣] استثنىٰ منه شيخنا في « تصحيح المنهاج » خمسة لا يشترط فيهم الاختبار :

أحدهم : شاهد الزنا إذا وجب عليه الحد لعدم تمام العدد ، فإذا تاب . . قبلت شهادته في الحال من غير استبراء على المذهب في « أصل الروضة »[٤] ، وخالف في ذلك « الحاوي » فقال : (**كالقاذف يقول : تبتُ ولا أعود إن لم يقر بالكذب**) أي : فإذا أقر بالكذب . . فهو فاسق يجب استبراؤه ، وتبع في ذلك الغزالي ، وهو خلاف قول الجمهور[٥] .

الثاني : قاذف غير المحصن ؛ لمفهوم قول الشافعي في « الأم » : (فأما من قذف محصنة . . فلا تقبل شهادته حتىٰ يُختبر)[٦] .

الثالث : الصبي إذا فعل ما يقتضي تفسيق البالغ ثم تاب وبلغ تائباً . . لم يعتبر فيه الاختبار كما يظهر من كلام الشافعي والأصحاب .

الرابع : مخفي الفسق إذا تاب وأقر وسلّم نفسه للحد ، قاله الماوردي والروياني ، قال في « المهمات » : وهو ظاهر ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو متجه .

الخامس : المرتد ، ذكره الماوردي[٧] ، وهو مقتضىٰ كلام غيره ، واعتبر الماوردي فيه أن يسلم غير متوق للقتل ، ولا يعد مع ذلك الكافر الأصلي إذا أسلم ؛ لأن الكلام فيمن أتىٰ بمعصية مع كونه مسلماً ، واحترز « التنبيه » عن الكفر فقال [ص ٢٧٠] : (**ومن ردت شهادته بمعصية غير الكفر**) ، وفي « روضة الحكام » لشريح الروياني ثلاثة أوجه :

أحدها : يجب الاستبراء في الكافر مطلقاً .

والثاني : لا .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٠) .
(٢) الحاوي (ص ٦٧٠) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٠) ، و« الحاوي » (ص ٦٦٩) ، و« المنهاج » (ص ٥٧٠) .
(٤) الروضة (١١/٢٤٨ ، ٢٤٩) .
(٥) انظر « الوجيز » (٢/ ٢٥٠) .
(٦) الأم (٧/ ٤٥) .
(٧) انظر « الحاوي الكبير » (١٧/ ٣١) .

والثالث : إن كان مرتداً . . وجب ، وإلا . . فلا .

قال شيخنا أيضاً : وبقي اثنان أنبه علىٰ حالهما :

أحدهما : العدو إذا زالت العداوة وكانت كبيرة فتاب منها . . فهل يشترط الاختبار ؛ لأنه تاب من فسق ، أو لا ؛ لأن النفوس لا تميل للعداوة غالباً ، بل تكرهها ؛ محل نظر ، **والأرجح** : الثاني ، وإذا قال صاحب « المطلب » بالاختبار في العداوة المجردة عن الفسق . . ففي المفسقة أولىٰ .

الثاني : المبادر بناء علىٰ أنه مجروح ، **والأصح** خلافه لا يحتاج لاستبراء ، قاله البغوي . انتهىٰ .

واعلم : أن « المنهاج » و« الحاوي » لم يذكر الاختبار إلا في الفسق ، وذكره « التنبيه » في خوارم المروءة أيضاً فقال : (**ومن ردت شهادته لمعصية غير الكفر أو لنقصان مروءة فتاب . . لم تقبل شهادته حتىٰ يستمر على التوبة سنة**)[1] وفي « المطلب » : ألحق الأصحاب ذلك بالفسق في وجوب الاستبراء .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لم أقف على التصريح به في كلام الأصحاب ، وله وجه ؛ لأن خارم المروءة صار باعتياده سجيّة له ، فلا بد من اختبار حاله ، ويحتمل خلافه . انتهىٰ .

وقد عرفت أنّه في « التنبيه » ، وذكر في « المطلب » الاحتياج إلى الاستبراء في العداوة أيضاً ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وعندي لا يحتاج .

٦١٦٤ـ قول « الحاوي » [ص ٦٦٩] : (**أو تاب وصلح بالقرائن**) تبع الغزالي في عدم تقديره بمدة ، وأن المعتبر غلبة الظن بصدقه[2] ، وكذا **صحح** القاضي حسين والإمام والعبادي ، وقد عرفت أن « التنبيه » قدّره بسنة ، وحكاه في « المحرر » و« المنهاج » عن الأكثرين[3] ، **وصحح** شيخنا في « تصحيح المنهاج » عدم التقدير ؛ فإن عبارة الشافعي في « الأم » : (فلا تقبل شهادته إلا بمدة أشهر يختبر فيها بالانتقال من الحال السيئة إلى الحال الحسنة والعفاف عن الذنب الذي أتىٰ)[4] قال : فلم يذكر إلا أشهراً ، وهو جمع قلة يصدق علىٰ ثلاثة إلىٰ عشرة ، فمن اعتبر سنة . . فقد خالف النص ، قال : ثم ظاهر التقدير بسنة أنه تحديد حتىٰ لو نقصت يوماً أو دونه . . لا يكفي ذلك ، وهو غريب ، فاعتبار السنة لم يقم عليه دليل ، والقياس على الزكاة والجزية غير صحيح ،

---

(١) التنبيه (ص ٢٧٠) .
(٢) انظر « الوجيز » (٢/ ٢٥٠) .
(٣) المحرر (ص ٤٩٨) ، المنهاج (ص ٥٧٠) .
(٤) الأم (٧/ ٤٥) .

وعلىٰ أجل العنة يقتضي التحديد قطعاً ، وفيه وجهان حكاهما الماوردي ، قال شيخنا : **والأرجح** على اعتبارها : التقريب .

٦١٦٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٠] : (**ويشترط في توبة معصية قولية القول ، فيقول القاذف : « قذفي باطل وأنا نادم عليه ولا أعود إليه » ، وكذا شهادة الزور**) و« الحاوي » [ص ٦٦٩] : (**كالقاذف يقول تبت ولا أعود**) استشكل الرافعي اشتراط القول في توبة القذف ، وقال : ليس كتوبة الردة ؛ فإن الشهادتين فيها شرط في القولية والفعلية كإلقاء المصحف في القاذورات ، ويلزمهم اشتراط القول في كل قولي كشهادة الزور والغيبة والنميمة ، قال : وصرح صاحب « المهذب » به في شهادة الزور فقال : التوبة منها أن يقول : كذبت ولا أعود . انتهىٰ[1] .

وحكاه الغزالي في المبادرة بالشهادة أيضاً عن بعض الأصحاب ، ونقله الرافعي في موضعه ، وأسقطه في « الروضة » .

وأجاب في « المطلب » عن إشكال الرافعي : بأن الردة بالقول هي الحقيقة والفعل ملحق به ، فقاس الشافعي على الأصل ، قال : ولا نسلم الاكتفاء في الردة الفعلية بالقول إذا لم يزل المصحف من ذلك مع إمكانه ، ثم الفرق بين القذف وغيره أنه أشد ضرراً ؛ لأنه يكسبه عاراً ، بخلاف شهادة الزور والنميمة والغيبة .

وأجاب شيخنا في « تصحيح المنهاج » عن ذلك كما سيأتي عنه من أن اعتبار القول في المعاصي القولية إنما هو فيما أبرزه قائله علىٰ أنه محق فيه ، ولا يأتي ذلك في معاصي الأفعال ؛ لأنه متىٰ أبرزه علىٰ أنه حق . . كفر ، وقال : إنه من النفائس ، وهنا أمور :

أحدها : حمل شيخنا في « تصحيح المنهاج » كلامهم علىٰ ما أتىٰ به علىٰ صورة أنه محق فيه ، فأما غيره ؛ كاللعن وقوله : يا خنزير ونحوه . . فلا يشترط في التوبة منه القول قطعاً ؛ لعدم المعنى المقتضي لذلك ، قال : ولم أر من نبه علىٰ ذلك .

ثانيها : أن عبارة الشافعي رضي الله عنه في « الأم » و« المحرر » و« الروضة » وأصلها : القذف باطل[2] ، وذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » أن الذي في « المنهاج » لا يساويه ؛ لاحتمال الإضافة للمفعول .

ثالثها : ذكر الشيخ أبو حامد عن أبي إسحاق أنه يقول : القذف باطل حرام ، قال شيخنا : وظاهره اعتبار الجمع بينهما ، وله وجه قوي ؛ فإن الباطل يطلق على الهدر ، ومنه : ذهب دمُهُ

---

(١) فتح العزيز (١٣/ ٤٢) ، وانظر « المهذب » (٢/ ٣٣١) .

(٢) الأم (٧/ ٨٩) ، المحرر (ص ٤٩٨) ، فتح العزيز (١٣/ ٤٠) ، الروضة (١١/ ١٤٨) .

بُطْلا ، وعلى اللهو ، وممن اعتبر الجمع بينهما ابن الصباغ في « الشامل » واقتصر المحاملي في « التجريد » علىٰ قوله : حرام ، وهو حسن .

رابعها : مقتضىٰ عبارة « المنهاج » : تعين قوله : (**قذفي باطل**) ، لكن في « أصل الروضة » عن الجمهور : أنه يكفيه أن يقول : ما كنت محقاً في قذفي وقد تبت منه ، ونحو ذلك[١] ، واكتفى الغزالي بقوله : تبت من القذف[٢] ، وتبعه « الحاوي » كما تقدم ، وحكاه الرافعي من غير تعقب ، وأسقطه في « الروضة » قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ويشهد له نص « الأم » وهو قوله : (فإن كان عدلاً يوم شهد فساعة يقول : قد تبت وكذب نفسه . . تقبل شهادته مكانه)[٣] هـٰذا لفظه ، وقوله : (وكذب نفسه) يعني : بما أظهر من التوبة ، ولئن كان كلام الشافعي في الشاهد . . فهو لا يفرق في كيفية القول بين الشاهد وغيره . انتهىٰ .

خامسها : قد عرفت أن « الحاوي » لم يتعرض لقوله : وأنا نادم عليه ، وكذا لم يذكرها في « الأم » و« المختصر » ، ولا الشيخ أبو حامد ولا أتباعه ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وقل من ذكرها ، والظاهر أنها تأكيد ، **والمذهب** : أنها لا تعتبر ؛ لأن المدار علىٰ إظهار ضد القذف كما في إظهار ضد الكفر .

سادسها : ذكر شيخنا في « تصحيحه » : أن **الأرجح** : عدم اعتبار قوله : ولا أعود ، قال : وهو مقتضىٰ نصوص الشافعي ، فلم يعتبر في شيء منها هـٰذه المقالة ، قال شيخنا : عندي يكتفي من الشاهد بأن يقول : رجعت عن شهادتي عليه بالزنا ؛ لما روى الشافعي رضي الله عنه : أن عمر رضي الله عنه لما جلد الثلاثة . . استتابهم ، فرجع اثنان ، فقبل شهادتهما[٤] .

سابعها : مقتضي قول « المنهاج » [ص ٥٧٠] : (**وكذا شهادة الزور**) أن يقول : شهادتي باطلة وأنا نادم عليها ولا أعود إليها ، والذي في « المهذب » : كذبت فيما فعلت[٥] ولا أعود إلىٰ مثله[٦] ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وإذا ثبت زور الشاهد بإقراره . . فقد اعترف بلسانه بزوره ؛ فأي فائدة في إعادته ، وإن ثبت بغير إقراره . . فيكفيه أن يقول : تبت من شهادة الزور ، ولا يعتبر في القول شيء غير ذلك ، ثم قال شيخنا : والمعتمد أنه لا يعتبر في شاهد الزور القول ، بخلاف القذف ؛ لظهور زوره بالطريق المعتبر ، فلا حاجة إلىٰ أن يقول ذلك في توبته ، حتىٰ أن

---

(١) الروضة (١١/٢٤٨) .
(٢) انظر « الوجيز » (٢/٢٥٠) .
(٣) الأم (٧/٤٥) .
(٤) انظر « الأم » (٧/٢٦) .
(٥) في المهذب : (كذبت فيما قلت) .
(٦) المهذب (٢/٣٣١) .

شاهد الزور لو ظهر زوره في شهادة القذف ؛ بأن شهد أنه رآه يزني أول يوم من المحرم سنة كذا بحلب ، وظهر بالطريق المعتبر أن الشاهد ذلك اليوم كان بمصر أو أن المشهود عليه كان بمكة . . فلا أعتبر في التوبة من ذلك القول ؛ لظهور بطلانه بغير ذلك ، وزال ما كان يلحق المقذوف من العار بما هو أشد في الإزالة من القول . انتهىٰ .

٦١٦٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٠] : (**وغير القولية يشترط إقلاع ، وندم ، وعزم ألا يعود ، ورد ظلامة آدمي إن تعلقت به**) فيه أمور :

أحدها : أنه يفهم عدم اشتراط ذلك في القولية ، وليس كذلك ، بل هـٰذا معتبر في التوبة الباطنة ، وهي التي مقصودها سقوط الإثم قولية كانت أو غير قولية ، وأما الظاهرة وهي التي مقصودها عود أهلية الشهادة . . فيشترط فيها الاستبراء إلا ما استثني علىٰ ما تقدم بيانه .

ثانيها : قال في « المهمات » : أهمل شرطاً رابعاً ، وهو : أن يكون ذلك لله تعالىٰ ، حتىٰ لو عوقب علىٰ جريمة فندم وعزم علىٰ عدم العود لما خل به وخوفاً من وقوع مثله . . لم يكف ، قاله أصحابنا الأصوليون ، ومثلوه بما إذا قتل ولده وندم لكونه ولده ، أو بذل شحيح مالاً في معصية وندم للغرم ، ولا بد منه .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هـٰذا الإيراد عندنا غير معتبر ؛ لأن التوبة عبادة ، والعبادة لا بد أن تكون لله تعالىٰ ، وإذا لم يكن ذلك . . فلا توبة ولا عبادة .

قلت : هـٰذا التوجيه فيه اعتراف باعتبار الإيراد ، والله أعلم .

ثم قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ولصحة التوبة شرط ، وهو : أن لا يصل إلى الغرغرة أو الاضطرار بظهور الآيات كطلوع الشمس من مغربها ، وهو واضح .

ثالثها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : مقتضاه : أنه لا يعتبر في غير القولية القول ، وليس كذلك ، بل يعتبر فيها الاستغفار أيضاً ، جزم به القضاة أبو الطيب والحسين والماوردي وغيرهم ، قال شيخنا : والذي يظهر ـ والله أعلم ـ من القرآن والسنة أن الذنب المذكور وإن كان ذنبه باطناً . . لا بد أن يظهر قولاً يظهر منه ندمه علىٰ ذنبه ؛ بأن يقول : أستغفر الله من ذنبي ، أو رب اغفر لي خطيئتي ، أو تبت إلى الله تعالىٰ من ذنبي ، ثم بسط ذلك .

رابعها : قوله : (**ورد ظلامة آدمي**) أراد به شمول المال والقصاص وحد القذف ، وفي شمول الأخيرين نظر ، فلو قال : (والخروج مما عليه من ظلامة آدمي) . . لكان أولىٰ ، وأيضاً فقد يعفو المستحق عن حقه ، فيدخل ذلك في لفظ الخروج ولا يدخل في لفظ الرد ، وقال الإمام في « الإرشاد » : إذا ندم القاتل . . صحت توبته في حق الله تعالىٰ قبل تسليمه نفسه للقصاص ، وكان تأخير ذلك معصية أخرىٰ تجب التوبة منها لا يقدح في الأولىٰ ، ونازع في ذلك شيخنا في

« تصحيح المنهاج » وقال : يلزمه ذلك في المال ، ولا يمكن القول به .

خامسها : يرد على اعتبار رد الظلامة ما لو أعسر بالمال الذي ظلم بأخذه . . فقال الماوردي : ينظر به إلىٰ ميسرته والتوبة قد صحت ، قال : ولو بذل من عليه القصاص نفسه ليستوفي منه فلم يستوف . . صحت توبته ؛ لأن عليه الانقياد ، وليس عليه الاستيفاء[1] ، وفي « تعليق » القاضي حسين نحوه ، وقال : لو مات صاحب الحق . . لا يأتي لوارثه ، بل يستغفر الله تعالىٰ للميت ، حكاه في « المطلب » ، وأقره ، وتعقبه في « تصحيح المنهاج » بانتقال الحق للوارث ، فلا بد من إعلامه ، قال : وإذا تعذر الوصول إلى المستحق ؛ لغيبة بعيدة ونحوها . . كفاه الشرطان الأولان مع عزمه أن يمكنه من نفسه عند القدرة .

سادسها : خرج بذكر الآدمي حقوق الله تعالىٰ كالزكاة ، ولا شك أن أداءها معتبر في صحة التوبة ، والله أعلم .

فصل

[فيما يحكم به بشهادة رجل واحد]

٦١٦٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٠] : (**لا يحكم بشاهد إلا في هلال رمضان في الأظهر**) أورد على الحصر أمور :

أحدها : لو اختلفا في شيء هل هو عيب أم لا ؟ صدق البائع بيمينه ، فلو قال واحد من أهل العلم به أنه عيب . . قال البغوي : ثبت الرد ، واعتبر المتولي اثنين ، حكاه في « أصل الروضة » في البيع[2] .

ثانيها : في « الوجيز » في اللقطة : (لو أطنب شخص في وصفه . . جاز الدفع إليه وفي الوجوب بغير بينة وجهان ، ولعل الاكتفاء بعدل واحد أولىٰ ؛ فإن البينة قد تعسر إقامتها)[3] ، استثناه الشيخ برهان الدين بن الفركاح في « نكت المنهاج » ، وفيه نظر ؛ فليس هٰذا شهادة ، وإنما هو خبر ، ألا ترىٰ أنه قال : (فإن البينة قد يعسر إقامتها) وقريب من ذلك في المأخذ قول الرافعي في مستند علم الشاهد : إن أبا الفرج السرخسي حكىٰ وجهاً في جواز الاعتماد علىٰ خبر الشخص الواحد إذا سكن القلب إليه ، ولا يعتبر عدد الشهادة كما لا يعتبر لفظها[4] ، وفي قوله : (كما لا يعتبر لفظها) دليل علىٰ أنها ليست شهادة .

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٧/ ٢٩ ، ٣٠) .

(٢) الروضة (٣/ ٤٨٩) .

(٣) الوجيز (١/ ٤٣٥) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٦٩ ، ٧٠) .

ثالثها : في « شرح المهذب » في أواخر الصلاة على الميت عن المتولي : لو مات ذمي فشهد عدل أنه أسلم . . لم يكف في الإرث والحرمان ، وفي الاكتفاء به في الصلاة عليه وجهان بناء على القولين في هلال رمضان[1] .

رابعها : ذكر الماوردي في « الحاوي » : أن من شروط العدالة : البلوغ ، قال : ويعلم بأوجه : منها : أن يشهد ببلوغه شاهد عدل ، فيحكم ببلوغه ، وتكون شهادة لا خبراً[2] ، استثناه الشيخ برهان الدين أيضاً ، قال في « المهمات » : وهو غلط ؛ فإن الماوردي عبر بقوله : (شاهدَا عدلٍ) بألف التثنية ، فخفيت الألف عليه ، أو سقطت من النسخة التي وقف عليها ، وقال في « التوشيح » : رأيته في غير نسخة من « الحاوي » أي : بالإفراد ، وكنت أرجح أن تكون صيغته : (شاهدا عدل) ولكن أوقفني عن ذلك قوله : (**وتكون شهادة لا خبراً**) فإن ذلك لا يقال في شهادة الاثنين ؛ لوضوحه فيه .

خامسها : إذا نذر صوم شعبان فشهد واحد برؤيته . . فهل يجب الصوم إذا قلنا يجب به رمضان ؟ حكى ابن الرفعة فيه وجهين عن « البحر » .

سادسها : هل يثبت هلال ذي الحجة بواحد كرمضان ، أو لا يثبت إلا بعدلين ؟ فيه وجهان حكاهما الدارمي والقاضي حسين .

سابعها : هلال شوال يثبت بواحد علىٰ قول أبي ثور ، قال صاحب « التقريب » : ولو قلت به . . لم أكن مبعداً ، **والأصح** : ثبوته بطريق التبعية فيما إذا ثبت رمضان بواحد ولم نر الهلال بعد الثلاثين . . فإنا نفطر في **الأصح** .

ثامنها : في قبول واحد في الوقوف بعرفة والطواف ونحوه وجهان في « تعليق القاضي حسين » .

٦١٦٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٠] و« الحاوي » [ص ٦٧٢] : (**ويشترط للزنا أربعة رجال**) كذا اللواط وإتيان البهيمة ، وقد ذكرهما « التنبيه »[3] ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ووطء الميتة لا يوجب الحد على **الأصح** ، وهو كإتيان البهيمة في أنه لا يثبت إلا بأربعة على المعتمد ، ولم يتعرضوا للتصريح به ، وتعليلهم يقتضي ما قررناه ، قال : ومقتضاه : أن كل وطء لا يوجب إلا التعزير لا يثبت إلا بأربعة أيضاً ، ويخرج عنه ما لا عقوبة فيه ؛ كوطء الشبهة . . فيثبت برجلين ، ورجل وامرأتين ، وشاهد ويمين .

---

(١) المجموع (٥/ ٢١٤) .
(٢) الحاوي الكبير (١٧/ ١٥٧) .
(٣) التنبيه (ص ٢٧٠) .

٦١٦٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧١] : (**وفي الإقرار بالزنا قولان ، أحدهما : يثبت بشاهدين ، والثاني : لا يثبت إلا بأربعة**) **الأظهر** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[(١)] .

٦١٧٠ـ قول « الحاوي » فيما يثبت برجل وامرأتين [ص ٦٧٢] : (**كموضحة عجز عن تعينيها**) معدود من أفراده ، لا سلف له فيه ، وصريح كلام الغزالي والرافعي وغيرهما في الجنايات أن البينة الناقصة لا تثبت الأرش في الصورة المذكورة .

٦١٧١ـ قولهما فيما لا يقبل فيه إلا رجلان : (**كنكاح**)[(٢)] يستثنىٰ منه : ما إذا ادعت أنه نكحها وطلقها وطلبت شطر الصداق ، أو أنها زوجة فلان الميت وطلبت الإرث . . فيثبت نكاحها برجل وامرأتين ، وبشاهد ويمين ؛ لأن مقصودها المال ، حكاه في « أصل الروضة » في آخر الدعاوىٰ عن « فتاوى الغزالي »[(٣)] .

قال شيخنا ابن النقيب : وهو واضح[(٤)] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه غير معمول به ولا معتمد عليه ، فكيف يثبت إرث من لم تثبت زوجيتها ، وقضية ذلك : أن الزوج تثبت زوجتيه بعد وفاة زوجته برجل وامرأتين ، أو بشاهد ويمين ، وهـٰذا بعيد ، ويلزم منه أن تثبت المرأة النفقة والكسوة بالحجة الناقصة وإن لم تثبت الزوجية والزوج ينكرها ، وهو غريب لا يصح علىٰ مذهب الشافعي ، ونازع شيخنا أيضاً في المجزوم به في « أصل الروضة » أنه يثبت الصداق برجل وامرأتين ، وقال : **الأصح** ـ وهو مقتضىٰ نصوص الشافعي وكلام أصحابه ـ خلافه ، وهو الذي ذكره الشيخ أبو علي ، وحكاه عنه الإمام ، وقال : إنه أفقه .

٦١٧٢ـ قولهما : (**وطلاق**)[(٥)] أي : بلا عوض ، فإن كان بعوض وهو الخلع ؛ فإن ادعته المرأة . . فكذلك ؛ لأن غرضها اندفاع النكاح ، وإن ادعاه الرجل . . ثبت برجل وامرأتين ؛ لأن غرضه المال ، وهـٰذا مما يعايا به ، وإطلاق الجواب فيه خطأ ، والصواب التفصيل ، نبه عليه ابن يونس في [« تنويهه »][(٦)] .

٦١٧٣ـ قول « المنهاج » في أمثلة ما يطلع عليه الرجال غالباً [ص ٥٧٠] : (**وموت**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هو ممنوع ؛ فإن النساء يحضرن المحتضر غالباً ولاسيما إذا كان امرأة ؛

---

(١) المنهاج (ص ٥٧٠) ، الحاوي (ص ٦٧٢) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٠) ، و« المنهاج » (ص ٥٧٠) .
(٣) الروضة (١٢/ ٩٩) ، وانظر « فتاوى الغزالي » (ص ١٢٤ ، ١٢٥) مسألة (١٨٢) .
(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ٢٧٠) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٠) ، و« المنهاج » (ص ٥٧٠) .
(٦) في (ب) : (« النبيه ») .

فإن النساء مختصات بالحضور عندها ، ولكن المدرك لمنع الحجة الناقصة فيه أنها مختصة بالأموال وعقودها وحقوقها ، قال : ويستثنىٰ من الموت : ما إذا كان بقتل يوجب المال ؛ كما إذا شهد رجل وامرأتان أن فلاناً مات بقتل فلان له خطأ ، أو بقتل صبي أو مجنون له ، أو بقتل حر له وكان عبداً ، أو بقتل مسلم له وكان ذمياً ، أو بقتل أصله.. ففي جميع هٰذه المسائل يثبت الموت بالحجة الناقصة ؛ لأنه موجب للمال بسبب الإزهاق ، وكذا إذا كان الموت بقتل يوجب استحقاق السلب ، أو كان موت حيوان : رقيق ، أو غير ناطق تحت يد أمانة ، وقلنا : لا بد من إثبات موته ؛ لأنه من الأسباب الظاهرة كما ذكره المتولي.. فيثبت بالحجة الناقصة ؛ لدفع المطالبة ببدله ، وكذا قيام الحجة الناقصة بحلول الدين المؤجل بموت المديون .

٦١٧٤ـ قوله : (**وإعسار**)[١] يستثنىٰ منه : إعسار المكاتب الذي يسلط السيد علىٰ فسخ الكتابة الصحيحة .

٦١٧٥ـ قولهم : (**والوكالة**)[٢] يقتضي أنه لا يثبت التصرف المالي المترتب عليها ، وجزم الإمام والغزالي بأن البيع المدعي صدوره من وكيل فلان في البيع يثبت وإن لم تثبت الوكالة ، وهو قياس ما تقدم عن الرافعي والنووي من ثبوت المهر بالشاهد واليمين وإن لم يثبت النكاح ، وقد تقدم النزاع فيه ، وكيف يثبت البيع الصادر من الوكيل ولم تثبت وكالته ؟!

٦١٧٦ـ قولهم : (**والوصاية**)[٣] يقتضي أنه لو شهد رجل وامرأتان بأن فلاناً أوصىٰ إلىٰ فلان بأن يدفع لفلان كذا.. لم تثبت الوصية ، وقد صرح الغزالي بخلافه ، وهو جار علىٰ طريقته المتقدمة ، وقياس ثبوت المهر بالشاهد واليمين ، وقد تقدم ما فيه .

٦١٧٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٠] : (**وأما الوقف.. فقد قيل : يقبل فيه ما يقبل في المال ، وقيل : إن قلنا : إنه ينتقل إلى الآدمي.. قبل ، وإن قلنا : إنه ينتقل إلى الله عز وجل.. لم يقبل**) **الأصح** : الأول ، وإذا ادعي علىٰ شخص أنه نذر أن يتصدق عليه بكذا.. فهل هو كالوقف فيطرقه الخلاف في ثبوته بالحجة الناقصة ، أو يقطع بثبوته بذلك ؛ لأنه ينتقل إلىٰ ملكه إذا أخذه منه ؟ قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأرجح** : الثاني ، ولم أر من تعرض له .

٦١٧٨ـ قول « المنهاج » في أمثلة ما يثبت بما سبق ـ أي : وهو رجلان ، ورجل وامرأتان ـ ، وبأربع نسوة : (**وحيض**)[٤] يقتضي أن الحيض مما يمكن الشهادة عليه ، وبه صرح في « أصل

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٧٠) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٠) ، و« الحاوي » (ص ٦٧٢) ، و« المنهاج » (ص ٥٧٠) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٠) ، و« الحاوي » (ص ٦٧٢) ، و« المنهاج » (ص ٥٧٠) .

(٤) المنهاج (ص ٥٧٠) .

الروضة » هنا[1] ، وحكاه النووي في « فتاويه » عن ابن الصباغ والبغوي ، لكن في « الشرحين » في الطلاق : لو علق بحيضها فقالت : حضت ، وأنكر . . صدقت بيمينها ؛ لتعذر إقامة البينة عليه ؛ فإن الدم وإن شوهد لا يعلم أنه حيض ؛ لاحتمال أنه استحاضة ، وصرح بمثله في الديات عند الكلام علىٰ دية الشم ، وبه أجاب العماد بن يونس في « فتاويه » .

قال شيخنا ابن النقيب : والحق الجواز ، وما ذكر في الطلاق ينبغي حمله علىٰ عسر البينة لا على التعذر[2] .

٦١٧٩ـ قولهم : (**ورضاع**)[3] قيده المتولي بما إذا كان من الثدي ، فإن كان من إناء حلب فيه . . لم تقبل شهادتهن به لكن تقبل شهادتهن علىٰ أن هـٰذا اللبن من هـٰذه المرأة ، حكاه عنه في « أصل الروضة » وأقره .

٦١٨٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٠] : (**وعيوب تحت الثياب**) أي : تحت ثياب النساء ، وقول « الحاوي » [ص ٦٧٢] : (**كعيبهن**) أي : تحت الثياب ، وجمع « التنبيه » الأمرين فقال [ص ٢٧١] : (**والعيوب تحت ثياب النساء**) فعبارته أحسن منهما ؛ لجمعه ما تفرق فيهما ، أما ما في وجه الحرة وكفيها ، فقال البغوي : لا يثبت إلا برجلين ، وما في وجه الأمة وما يبدو منها في المهنة . . يثبت برجل وامرأتين ؛ لأن مقصوده المال ، وهنا أمور :

أحدها : أن المحكي هنا عن البغوي مخالف للمحكي عنه في الرد بالعيب : أنه يثبت الرد بقول واحد .

ثانيها : أن مقتضىٰ تعليله بأن مقصوده المال اختصاص ذلك بما إذا كان الإثبات لردها في البيع ، فإن كان لفسخ النكاح به . . لم يقبل ، ذكرهما في « **المهمات** » .

ثالثها : مقتضىٰ تقييد البغوي بما يبدو منها في المهنة أنه لو كان تحت إزارها . . ثبت بالنسوة المتمحضات ، وبه صرح شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : وإن كان يقصد منه المال إلا أنه غلب فيه جانب اطلاعهن .

رابعها : قال شيخنا المذكور أيضاً : ينبغي علىٰ مقتضىٰ تصحيح النووي في إلحاق الأمة بالحرة في النظر أن يدخل النساء المتمحضات في عيب الأمة في وجهها وكفيها ، وكذا الحرة بناء علىٰ حرمة نظر الأجنبي إلىٰ وجهها وكفيها .

قلت : أطلق الماوردي نقل الإجماع علىٰ أن عيوب النساء في الوجه والكفين لا يقبل فيه إلا

---

(١) الروضة (١١/٢٥٣ ، ٢٥٤) .

(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ٢٧٠) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٧١) ، و« الحاوي » (ص ٦٧٢) ، و« المنهاج » (ص ٥٧٠) .

الرجال ، ولم يفصل بين الحرة والأمة[١] ، وبه صرح القاضي حسين فيهما ، والله أعلم .

خامسها : خرج بالنساء الخنثىٰ ؛ **فالمرجح** أنه يحتاط فيه ، فلا يراه بعد بلوغه الرجال ولا النساء ، وفي وجه يستصحب حكم الصغر ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : فإن قلنا بهـٰذا الوجه . . فعيوبه تحت الثياب لا تثبت بالنسوة المتمحضات وإن قلنا بالأرجح . . لم تثبت بالنسوة المتمحضات أيضاً ؛ لفقد المعنى المقتضي لقبول شهادة النسوة المنفردات .

سادسها : استثنى البغوي مما تحت الثياب الجرح علىٰ فرج المرأة ؛ لأن جنس الجراحة يطلع عليه الرجال ، قال الرافعي بعد نقله عنه : لكن جنس العيب أيضاً مما يطلع عليه الرجال غالباً ، إنما الذي لا يطلعون عليه العيب الخاص ، وكذا الجراحة الخاصة[٢] ، وقال النووي : **الصواب** : إلحاق الجراحة علىٰ فرجها بالعيوب تحت الثياب ، وعجب من البغوي كونه ذكر خلاف هـٰذا ، وتعلق بمجرد الاسم[٣] .

وفي « **المهمات** » : سبق البغويَّ إليه القاضي حسين في « تعليقه » ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : الصواب ما ذكره البغوي ؛ لأن الجراحات في أي موضع كانت ولو على الفرج من متعلقات حضور الرجال دون النساء ، فلم يتعلق بمجرد الاسم ، بل بالمعنى المعتبر .

٦١٨١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٠] : (**وما ثبت بهم** ـ أي : برجل وامرأتين ـ **ثبت برجل ويمين إلا عيوب النساء ونحوها**) يستثنىٰ منه : العيب الذي يتعلق به المال ؛ فإنه يثبت بشاهد ويمين ، ويستثنىٰ أيضاً : الترجمة في الدعوىٰ بالمال أو الشهادة به ؛ فإنها تثبت برجل وامرأتين ، ولا مدخل للشاهد واليمين فيها ؛ لأن ذلك ليس مالاً ، وإنما هو إخبار عن معنىٰ لفظ المدعي أو الشهود .

٦١٨٢ـ قوله : (**ولا يثبت شيء بامرأتين ويمين**)[٤] قال في « الروضة » : **قطعاً**[٥] ، وليس في الرافعي ، والخلاف موجود في الشفعة لو أخر الأخذ ؛ لأنه لم يصدق المخبر وكن نسوة . . ففيه وجهان بناء علىٰ أن المدعي هل يقضىٰ له بيمينه مع امرأتين ؟ إن قلنا : لا . . فهو كالمرأة ، وإلا . . كالعدل الواحد .

٦١٨٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٠ ، ٥٧١] و« الحاوي » [ص ٦٧٣] : (**ويذكر في حلفه صدق الشاهد**) أي : فيما شهد له به ، وقد نص عليه في « الأم » ، وقل من صرح به ، ولا بد منه ، وأهمل « المنهاج » أنه يحلف في يمنيه على استحقاق ذلك المبلغ أيضاً ، وقد نص عليه في

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٧/ ١٩) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٤٩) .
(٣) انظر « الروضة » (١١/ ٢٥٤) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥٧٠) .
(٥) الروضة (١١/ ٢٧٨) .

« الأم » ، وتبعه الأصحاب ، وذكره « الحاوي » فقال [ص ٦٧٤] : (**وأني مستحق كذا**) ويجوز تقديمه علىٰ تصديق الشاهد .

٦١٨٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧١] : (**فإن ترك الحلف وطلب يمين خصمه . . فله ذلك ، فإن نكل . . فله أن يحلف يمين الرد في الأظهر**) فيه أمران :

أحدهما : أنه يفهم أن المدعىٰ عليه إذا لم ينكل بل حلف . . فليس للمدعي أن يحلف بعد ذلك مع شاهده ، وبه صرح ابن الصباغ ، بخلاف ما لو أقام بعد يمين المدعىٰ عليه بينة . . فإنها تسمع ، ولو أتىٰ بشاهد وحلف معه . . سمع أيضاً ، ولو كان قد نكل عن يمين الرد ، نص عليه في « المختصر » .

ثانيهما : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنما يجري الخلاف في حلفه يمين الرد إذا كان قد نكل عن الحلف مع الشاهد ، ومجرد الترك لا يلزم منه النكول ، قال : وفي « النهاية » في باب الامتناع من اليمين : إذا أقام المدعي شاهداً . . فكيف وجه نكوله عن الحلف مع شاهد ؟ ومن يعرض عليه اليمين حتىٰ ينكل ؟ وما المأخذ الفقهي الذي يرتبط النكول به ؟ .

وأجاب عن ذلك : بأنه إذا أقام شاهداً واحداً . . قال له القاضي : إن حلفت معه . . ثبت حقك ، وإن لم تحلف . . أبان له إن لم تحلف المدعىٰ عليه . . منعتك من إعادته إلىٰ مجلس الحكم ، فهـٰذا تصوير النكول عن اليمين مع الشاهد[1] ، قال شيخنا : وما ذكره الإمام من قوله : إن لم يحلف المدعىٰ عليه لا مدخل له في نكول المدعي عن اليمين مع شاهده ، والمذكور في « الأم » في ترجمة الامتناع من اليمين ليس فيه ذلك ، ولفظه : (ومن كانت له اليمين علىٰ حق مع شاهدٍ . . قيل له : إن حلفت . . استحقيت ، وإن امتنعت من اليمين سألناك لِم تمتنع ؟ فإن قلت : لآتي بشاهد آخر . . تركناك حتىٰ تأتي به ، فتأخذ حقك بلا يمين ، أو لا تأتي به . . فنقول : احلف وخذ حقك ، فإن امتنعت بغير أن تأتي بشاهد أو تنظر في أصل كتاب لك أو لاستثبات . . أبطلنا حقك في اليمين ، وإن طلبت اليمين بعدها . . لم نعطكها ؛ لأن الحكم قد مضىٰ بإبطالها ، وإن جئت بشاهد آخر . . أعطيناكه ؛ لأنا إنما أبطلنا حقك في اليمين لا في الشاهد الآخر ولا الأول) انتهىٰ[2] .

وفي « أصل الروضة » في الدعوىٰ والبينات في النكول : لو أقام المدعي شاهداً ليحلف معه فلم يحلف ؛ فإن علل امتناعه بعذر . . عاد الوجهان في أنه يمهل أبداً أم لا يزاد علىٰ ثلاثة أيام ، **والأصح** : الثاني ، وإن لم يعلل بشيء أو صرح بالنكول . . فذكر الغزالي والبغوي : أنه يبطل حقه من الحلف ، وليس له العود ، واستمر العراقيون علىٰ ما ذكروه هناك ؛ أي : من أنه يتمكن من

---

(١) نهاية المطلب (١٨/ ٦٦٣) .
(٢) الأم (٦/ ٢٥٨) .

استئناف الدعوىٰ وتحليفه في مجلس آخر ، قال المحاملي : لو امتنع من الحلف مع شاهده واستحلف الخصم. . انقلبت اليمين من جانبه إلىٰ جانب صاحبه ، وليس له أن يعود ويحلف ، إلا إذا استأنف الدعوىٰ في مجلس آخر وأقام الشاهد. . فله أن يحلف معه ، وعلى الأول : لا ينفعه إلا بينة كاملة . انتهىٰ[1] .

٦١٨٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٠] : **(وإن كان في يد رجل جارية لها ولد ، فادعىٰ رجل أنها أم ولده وولدها منه ، وأقام شاهداً وامرأتين ، أو شاهداً وحلف معه. . قضي له بها ، وفي نسب الولد وحريته قولان) الأظهر** : أنهما لا يثبتان ، وعليه مشى « الحاوي » و« المنهاج »[2] ، لكن تعبيره بقوله : **(علقت بهـٰذا في ملكي)**[3] لا يكفي ، بل لابد أن يقول : (مني) ، وأيضاً فقوله : **(ثبت الاستيلاد)**[4] يقتضي ثبوته بالحجة الناقصة ، وكذا توهمه عبارة « الروضة » هنا[5] ، وليس كذلك ؛ فإن الاستيلاد لا يثبت بالحجة الناقصة كما قرر في موضعه ، وثبوته هنا إنما هو بالإقرار ؛ ولهـٰذا قال « التنبيه » [ص ٢٧٠] : **(قضي له بها)** و« الحاوي » [ص ٦٧٣] : **(وملك المستولدة)** .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لا بد أن يقول : (وهي باقية علىٰ ملكي علىٰ حكم الاستيلاد إلى الآن) لجواز أن يكون ملكه زال عنها ببيع بعد استيلادها ؛ بأن استولدها وهي مرهونة رهناً لازماً ، ولم يأذن له المرتهن في الوطء ، وكان معسراً. . فإنه لا ينفذ الاستيلاد في حق المرتهن ، وكذا الجانية ، قال : ولم أر من تعرض له .

قلت : في هاتين الصورتين لم يثبت الاستيلاد ، ولا يفيد زوال الاستيلاد بعد ثبوته ؛ فلا يحتاج لهـٰذه التتمة ، والله أعلم .

٦١٨٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧١] : **(ولو كان بيده غلام فقال رجل : « كان لي وأعتقته » وحلف مع شاهد. . فالمذهب : انتزاعه ومصيره حراً)** حريته إنما هي بإقراره ، وقد تفهم عبارته خلافه ، وكذا يرد ذلك علىٰ قول « الحاوي » [ص ٦٧٣] : **(وعتق من قال : « كان ملكي فأعتقته »)** .

٦١٨٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧١] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٦٧٤] : **(ولو ادعت ورثةٌ مالاً لمورثهم وأقاموا شاهداً حلف معه بعضهم. . أخذ نصيبه ولا يشارك فيه)** المراد : الحلف على الجميع لا علىٰ حصته فقط ، سواء حلف بعضهم أو كلهم ، كما حكاه في « أصل الروضة » عن

---

(١) الروضة (١٢/ ٤٧) .
(٢) الحاوي (ص ٦٧٣) ، المنهاج (ص ٥٧١) .
(٣) المنهاج (ص ٥٧١) .
(٤) المنهاج (ص ٥٧١) .
(٥) الروضة (١١/ ٢٧٩) .

الشيخ أبي الفرج ، ثم قال : وفي كلام غيره إشعار بخلافه[1] ، وحكىٰ في التفليس في مسألة الغريم : أنه لا يحلف إلا علىٰ قدر حصته ، وهو مخالف لكلام أبي الفرج صريحاً لا إشعاراً .

٦١٨٨ـ قولهما أيضاً ـ والعبارة « للمنهاج » ـ : (**ويبطل حق من لم يحلف بنكوله إن حضر وهو كامل**)[2] أي : من اليمين مع الشاهد ، وهو المتكلم فيه ، فلا يرد ما أورده شيخنا في « تصحيح المنهاج » : من أنه لو أقام شاهداً آخر . . قُبِل ، وهـٰذا بإطلاقه مخالف لما في « الروضة » عن العراقيين والهروي والروياني : أنه إذا ادعىٰ في مجلس آخر وأقام شاهده . . فله أن يحلف معه[3] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لكن نحن لا نفتي بهـٰذا ؛ لمخالفته نص الشافعي في « الأم » من إبطال حقه من الحلف مع الشاهد مطلقاً . انتهىٰ .

وهـٰذا المذكور هنا من بطلان حقه باليمين حكاه في « أصل الروضة » عن الإمام ، وأنه قال : لو مات . . لم يكن لوارثه أن يحلف[4] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٧٤] : (**كوارث الساكت ، لا الناكل**) ثم قال في « أصل الروضة » : وفي كتاب ابن كج ما ينازع فيه[5] .

وقال في « المهمات » : **الصحيح** : أن حقه لا يبطل حتىٰ يحلف هو ووارثه ؛ فقد قاله أيضاً القاضي أبو الطيب وابن الصباغ ، وحكى الإمام في موضع آخر فيه وجهين ، وكذا الغزالي ، وجوزوا له علىٰ ذلك الوجه أن يدعي به ثانياً ويحلف إذا ردت اليمين عليه ، حكاه في « المطلب » .

ثم اعترض شيخنا في « تصحيح المنهاج » علىٰ قوله : (**إن حضر**) وقال : النكول لا يتوقف على الحضور ؛ فقد يدعي وكيله ويقيم شاهداً ، فتعرض اليمين على الموكل في غيبته عن مجلس الحكم ، فينكل .

قلت : المراد : حضوره في البلد بحيث يحلف ، لا مجلس الحكم .

ثم قال شيخنا : وأما غير الكامل . . فعبارته مسلوبة ، ولا يتصور منه نكول حتىٰ يحترز عنه .

٦١٨٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧١] : (**فإن كان غائباً أو صبياً أو مجنوناً . . فالمذهب : أنه لا يقبض نصيبه**) عبر في « الروضة » بالصحيح[6] .

٦١٩٠ـ قوله : (**فإذا زال عذره . . حلف وأخذ بغير إعادة شهادة**)[7] و« الحاوي » [ص ٦٧٤] :

---

(١) الروضة (١١/ ٢٨٣) .
(٢) انظر « الحاوي » (ص ٦٧٤) ، و« المنهاج » (ص ٥٧١) .
(٣) الروضة (١٢/ ٤٦) .
(٤) الروضة (١١/ ٢٨١) .
(٥) الروضة (١١/ ٢٨١) .
(٦) الروضة (١١/ ٢٨٢) .
(٧) انظر « المنهاج » (ص ٥٧١) .

(**بلا إعادة الشهادة ؛ كالغائب والطفل**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هـٰذا لا يستقيم في الغائب ؛ لأن القاضي لو أرسل له من حلفه وهو غائب . . فحلفه صحيح ، وإن لم يزل عذره .

قلت : المراد : أن تأخر اليمين للعذر لا يقطع الحق منها ، ولا يحوج إلىٰ إعادة شهادة ، وهـٰذا موجود في الغيبة ، والله أعلم .

قال الرافعي : وينبغي أن يكون الحاضر الذي لم يشرع في الخصومة ، أو لم يشعر بالحال كالمجنون في بقاء حقه ، بخلاف ما سبق في الناكل . انتهىٰ[1] .

ومحل ما تقدم : إذا لم يتغير حال الشاهد ، فإن تغير . . فوجهان ، قال القفال : لا يقدح ، فيحلف ويأخذ ؛ لاتصال الحكم بشهادته ، وقال الشيخ أبو علي : لا ؛ لأنه اتصل في حق الحالف فقط ؛ ولهـٰذا لو رجع الشاهد . . لم يكن له أن يحلف ، أما إذا أقام بعضهم شاهدين ، فثبت المدعىٰ عليه ، فإذا حضر الغائب ، وكمل غير المكلف . . أخذ نصيبه بلا دعوىٰ ولا بينة ، ويقبض القاضي نصيب الصبي والمجنون عيناً كان أو ديناً ، وأما نصيب الغائب ؛ فإن كان ديناً . . فسنذكره ، وإن كان عيناً . . انتزعها الحاكم ، وكلام الأصحاب يقتضي وجوب ذلك ، وهو الظاهر ، لكن سبق في الوديعة أن الغاصب لو حمل المغصوب إلى القاضي والمالك غائب . . ففي قبوله وجهان ، قال الرافعي : فيجوز أن يعود ذلك الخلاف هنا مع قيام البينة[2] ، ونبه في « المهمات » علىٰ أنه تقدم في استيفاء القصاص أن محل الخلاف في انتزاع الحاكم : فيما عدا هـٰذه الصورة ، فيجب فيها قطعاً ؛ حفظاً لحق الميت ، فهـٰذا البحث ذهول عما قدره هناك .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : لا يجوز أن يعود ذلك الخلاف هنا ، والفرق أن المدعىٰ عليه منكر معتقد أن الدار ملكه ، فوجب أن يأخذ الحاكم نصيب الغائب قطعاً ؛ لتزول هـٰذه المفسدة المؤدية لضياع حق الغائب ، ولا كذلك في الغاصب المقر الذي أحضر المغصوب للحاكم . انتهىٰ .

٦١٩١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦٥] : (**وإن ادعىٰ رجل أن أباه مات عنه وعن أخ غائب وله مال عند رجل حاضر وأقام بينة بذلك . . سلم إليه نصف المال وأخذ الحاكم نصيب الغائب ممن هو عنده وحفظه ، وقيل : إن كان ديناً . . لم يأخذ نصيبه ، بل يتركه في ذمة الغريم حتىٰ يقدم**) هـٰذا الثاني هو **الأصح** في « أصل الروضة » هنا وفي الوديعة[3] ، قال الرافعي : حكاه ابن كج عن النص[4] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : رأيت النص في « الأم » في باب ميراث سيد المكاتب ، ولفظه :

(١) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٩٨) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٩٩) .

(٣) الروضة (١١/ ٢٨٣ ، ٢٨٤) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ١٠٠) .

(فإن كان الورثة الكبار غُيَّباً فسأل المكاتب يعني : الحاكم أن يدفع الكتابة إلىٰ عدل يقبضه لهم إن لم يكن لهم وكيل . . كان ذلك له ، فإذا دفعه . . عتق المكاتب ، وليس هٰذا كدين لهم علىٰ رجل ثم غابوا عنه فجاء به إلى الحاكم ليدفعه . . هٰذا لا يدفع إلا إليهم أو وكيل لهم ، فإن لم يكن لهم وكيل . . تركه الحاكم ، فلم يأمر بقبضه من صاحبه الذي هو عليه ؛ لأن في الكتابة عتقاً للعبد ، فلا يحبس بالعتق ، وليس في الدين شيء يحبس عنه صاحب الدين)[1] ، قال شيخنا : وهو يقتضي أنه لو كان بالدين رهن . . أن القاضي يقبضه ؛ لوجود ما حبس عن صاحب الدين ، وهٰذا الذي ينبغي أن يفتىٰ به . انتهىٰ .

وقول « الحاوي » [ص ٦٧٥] : (**ويؤخذ للمجنون والغائب بشاهدين**) يحمل في الدين على الجواز ، لا على الوجوب ؛ لما عرفته ، لكن لا يمكن حمله علىٰ ذلك في المجنون ، وفي « التنقيح » لشيخنا الإسنوي : أن في هٰذه المسألة تعارضاً ، ولم أره ، ولم يستدركه في « تصحيحه » على « التنبيه » ، وكان حقه استدراكه ، وقال الفارقي في هٰذا : إذا كان من عليه الدين ثقة ملياً ، وإلا . . فالأخذ منه أولىٰ .

٦١٩٢ـ قولهم ـ والعبارة لـ « المنهاج » ـ : (**ولا تجوز شهادة علىٰ فعل كزناً وغصبٍ وإتلافٍ وولادةٍ إلا بالإبصار**)[2] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : مقتضاه : أن الأعمىٰ لا تدخل له في ذلك ، وليس كذلك فتتصور شهادته في هٰذه الأمور كلها ؛ ففي الزنا إذا وضع يده علىٰ ذكر داخل في فرج امرأة أو دبر صبي فأمسكهما ولازمهما حتىٰ شهد عند الحاكم بما عرفه بمقتضىٰ وضع اليد . . فهٰذا أبلغ من الرؤية ، وفي الغصب أو الإتلاف لو جلس الأعمىٰ علىٰ بساط لغيره فغصبه غاصب أو أتلفه فأمسكه الأعمىٰ في تلك الحالة والبساط وتعلق به حتىٰ شهد بما عرفه . . جاز ، وفي الولادة وضعت العمياء يدها علىٰ قُبل المرأة وخرج منها الولد وهي واضعة يدها علىٰ رأسه إلىٰ أن يكمل خروجه وتعلقت بهما حتىٰ شهدت بولادتها مع غيرها . . قبلت .

٦١٩٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧١] : (**والأقوال كعقدٍ يشترط سمعها وإبصار قائلها**) أعم من قول « التنبيه » [ص ٢٧١] : (**وإن كان عقداً أو إقراراً . . فلا بد من مشاهدة العاقد والمقر وسماع كلامهما**) لأنه يدخل في القول غير العقد والإقرار كالفسخ والردة وغيرهما ، ومثل الأول قول « الحاوي » [ص ٦٧١] : (**وسمع القول به**) أي : بالإبصار ، والباء بمعنىٰ مع ، وهي عبارة قلقة .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : يحتاج إلىٰ شرط ثالث ، وهو : أن يكون الشاهدان عارفين باللغة التي يعقد بها النكاح على الصحيح ، فإن قيل : هٰذا شرط لانعقاد النكاح والكلام في

---

(١) الأم (٨/٨٣) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٧١) ، و« الحاوي » (ص ٦٧١) ، و« المنهاج » (ص ٥٧١) .

شرط أداء الشهادة في الأقوال.. قلنا: أداء الشهادة مبني علىٰ صحة التحمل، وإذا لم يصح التحمل.. لا يصحُّ أداء الشهادة. انتهىٰ.

٦١٩٤ـ قول «التنبيه» [ص ٢٦٩]: (**وتقبل شهادة الأعمىٰ فيما تحمله قبل العمىٰ**) و«الحاوي» [ص ٦٧٢]: (**أو سمع قبله**) محله: ما إذا كان المشهود له وعليه معروفي الاسم والنسب كما صرح به «المنهاج»[١]، وكذا لو عمي ويد المقر في يده.. فيشهد عليه لمعروف الاسم والنسب.

قال شيخنا ابن النقيب: ويظهر مع جهالتهما أيضاً إن كانت يدهما بيده، وضبط المشهود له من المشهود عليه[٢].

ولا يرد على «المنهاج» و«الحاوي» شهادة الأعمىٰ فيما يشهد فيه بالاستفاضة بشرط أن لا يحتاج إلىٰ تعيين وإشارة؛ فإنها مقبولة، وقد ذكرها «التنبيه»[٣] لأن كلامهما فيما يحتاج إلى الإبصار.

ويرد على «التنبيه» و«المنهاج»: شهادة الأعمىٰ بالترجمة؛ فإنها مقبولة، وقد ذكرها «الحاوي»[٤].

ويرد علىٰ قول «المنهاج» [ص ٥٧١]: (**إلا أن يقر في إذنه فيتعلق به حتىٰ يشهد عند قاض به**) وقول «التنبيه» [ص ٢٦٩]: (**ويحمله إلى القاضي**) أن لنا غاية أخرىٰ، وهي أن يشهد علىٰ شهادته بصيراً، أو يسترعيه حيث تسوغ الشهادة، على الشهادة ولا يرد ذلك علىٰ قول «الحاوي» [ص ٦٧٢]: (**إن تعلق بالمقر**) لعدم ذكره الغاية.

تَنْبِيهٌ

[أقسام المشهود به]

في «أصل الروضة» عن الشافعي والأصحاب أنهم قسموا المشهود به إلىٰ ثلاثة أقسام: ما يكفي فيه السماع بدون إبصار، وهو ما يشهد فيه بالاستفاضة، وما يكفي فيه الإبصار، وهو الأفعال، وما يحتاج إليهما كالأقوال[٥].

قال في «المهمات»: وليس بحاصر؛ لجواز الشهادة بما علم ببقية الحواس الخمس؛ كما لو اختلفا في حموضة المبيع أو تغير رائحته أو حرارته ونحوها.

---

(١) المنهاج (ص ٥٧١).
(٢) انظر «السراج علىٰ نكت المنهاج» (٨/ ٢٧٥).
(٣) التنبيه (ص ٢٦٩).
(٤) الحاوي (ص ٦٧٢).
(٥) الروضة (١١/ ٢٥٩).

قلت : والشهادة بالحمل وبالقيمة خارجة عن ذلك كله ، والله أعلم .

٦١٩٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧١] : **(ومن سمع قول شخص أو رأىٰ فعله ؛ فإن عرف عينه واسمه ونسبه . . شهد عليه في حضوره إشارةً ، وعند غيبته وموته باسمه ونسبه)** فيه أمران :

أحدهما : ظاهر إطلاق النسب الاكتفاء بالأب ، لكن في « أصل الروضة » : إن كان يعرفه باسمه واسم أبيه دون جده . . قال الغزالي : يقتصر عليه في الشهادة ، فإن عرفه القاضي بذلك . . جاز ، ثم قال : ويحتمل أن يقال هـٰذه شهادة علىٰ مجهول ؛ فلا تصح كما سبق في القضاء على الغائب أن القاضي لو لم يكتب إلا : (أني حكمت علىٰ محمد بن أحمد) . . فالحكم باطل ، وقد ذكر الشيخ أبو الفرج أنه إذا لم يعرف نسبه قدر ما يحتاج إلىٰ رفعه . . لا يحل له أن يشهد إلا بما عرف ، لكن الشهادة والحالة هـٰذه لا تفيد ، وقال الإمام : لو لم يعرفه إلا باسمه . . لم يتعرض لاسم أبيه ، لكن الشهادة علىٰ مجرد الاسم قد لا تنفع في الغيبة . انتهىٰ[١] .

ولا منافاة بين كلام الغزالي وبحث الرافعي ؛ فإن كلام الغزالي فيما إذا عرف بذلك ، وتصويرهم في الغائب لمحمد بن أحمد يدل علىٰ عدم معرفته بذلك ؛ لكثرة التسمية بهـٰذين الاسمين ، فالمدار على المعرفة ؛ ويدل لذلك قول الرافعي قبله بعد ذكر اسمه واسم أبيه وجده وحليته وصنعته وإذا حصل الإعلام ببعض ما ذكرناه . . اكتفي به . انتهىٰ[٢] .

فيدخل فيه ما إذا حصل الإعلام بذكر أبيه خاصة ، بل قد يدخل فيه ما إذا حصل الإعلام باسمه خاصة ؛ كالشهادة في زمننا علىٰ سلطان الديار المصرية والشامية برقوق لا يحتاج معه إلىٰ شيء آخر ولو كان بعد موته ، وبهـٰذا يزول الإشكال في الشهادة علىٰ عتقاء السلطان والأمراء وغيرهم ببلادنا وغيرها ؛ فإنه لا يعرف أنسابهم غالباً ، فيكتفي بذكر أسمائهم مع ما حصل به التمييز من أوصافهم ، وعليه العمل عند الحكام ببلادنا .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » بعد ذكر هـٰذه النقول : وظهر منها أن المدار علىٰ ذكر ما يعرف به كيف ما كان ، وقال : إن مقتضىٰ كلام الإمام : أن الشهادة علىٰ مجرد الاسم قد تنفع عند الشهرة وعدم المشارك . انتهىٰ .

ثانيهما : مقتضاه : أن مجرد الموت مانع من الشهادة علىٰ عينه ، وتتعين فيه الشهادة على الاسم والنسب ، وليس كذلك ؛ فإنه متىٰ أمكن إحضاره بعد موته ؛ ليشهد علىٰ عينه . . فُعل ، فإن دفن . . لم ينبش ، وقد تعذرت الشهادة عليه ، قاله في « أصل الروضة » ، وقال : كذا قاله القاضي حسين والإمام والغزالي ، لكن استثنى الغزالي : ما إذا اشتدت الحاجة إليه ولم يطل العهد بحيث يتغير

---

(١) الروضة (١١/ ٢٦١) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٥٠٢) .

منظره ، وهٰذا احتمال ذكره الإمام ثم قال : **والأظهر** : ما ذكره القاضي[1] ، وجزم في « الشرح الصغير » بأنه **الأظهر** .

٦١٩٦ـ قوله : (**فإن جهلهما** ـ أي : اسمه ونسبه ـ . . **لم يشهد عند موته وغيبته**)[2] قد يفهم أنه إذا عرف أحدهما . . شهد ، قال شيخنا ابن النقيب : لكنه لم يرد ذلك[3] .

قلت : فكانت العبارة المحصلة لمقصوده : (فإن جهل أحدهما) .

٦١٩٧ـ قوله : (**ولا يصح تحمل شهادة علىٰ متنقبة ؛ اعتماداً علىٰ صوتها**)[4] قال في « أصل الروضة » : ولك أن تقول : ينبغي أن لا يتوقف جواز التحمل علىٰ كشف الوجه ، ولا على المعرفة ؛ لأن من أقرت تحت نقاب ورفعت إلى القاضي والمتحمل ملازمها . . أمكنت الشهادة علىٰ عينها ، وقد يحضر قوم يكتفىٰ بإخبارهم في التسامع قبل أن تغيب المرأة إذا لم يشترط في التسامع طول المدة ، فيخبرون عن اسمها ونسبها ، فيتمكن من الشهادة على اسمها ونسبها ، بل ينبغي أن يقال : لو شهد اثنان تحملا الشهادة على امرأة لا يعرفانها أن امرأة يوم كذا حضرت مجلس كذا فأقرت لفلان بكذا ، وشهد عدلان أن المرأة الحاضرة يومئذ في ذلك المكان هي هٰذه . . ثبت الحق بالبينتين ؛ كما لو قامت بينة أن فلان ابن فلان الفلاني أقر بكذا وقامت أخرىٰ علىٰ أن الحاضر هو فلان بن فلان . . ثبت الحق ، وإذا اشتمل التحمل علىٰ هٰذه الفوائد . . وجب أن يجوز مطلقاً ، ثم إن لم يحصل ما يفيد جواز الشهادة على العين أو على الاسم والنسب أو لم ينضم إليه ما يتم به الإثبات . . فذاك لشيء آخر . انتهىٰ[5] .

وفي « المهمات » : هٰذا ليس محل خلاف ، بل يجوز التحمل فيه قطعاً ، وقد صرح بجوازه الروياني وغيره مع حكايتهم الخلاف في أصل المسألة ، وقد استدركه عليه ابن الرفعة .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هٰذا البحث مستقيم وفقهه ظاهر .

٦١٩٨ـ قوله : (**ولا يجوز التحمل عليها بتعريف عدل أو عدلين على الأشهر ، والعمل علىٰ خلافه**)[6] يحتمل أن مراده : أن العمل على التحمل عليها بتعريف عدل ، وأن **العمل** على التحمل عليها بتعريف عدلين ، وقد حكاهما في « أصل الروضة » وجهين ، وحكى الأول منهما عن جماعة

---

(١) الروضة (١١/ ٢٦٢) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٧١) .

(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ٢٧٦) .

(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥٧١) .

(٥) الروضة (١١/ ٢٦٥) .

(٦) انظر « المنهاج » (ص ٥٧٢) .

من المتأخرين[1] ، وحكىٰ شيخنا في « تصحيح المنهاج » الأول عن الشيخ أبي محمد ، والثاني عن اقتضاء كلام الشيخ أبي حامد ، وقال : إن الأول هو المراد بقول « المحرر » : (والعمل علىٰ خلافه)[2] يعني : عمل جماعة من المتأخرين ، أو أن المراد : ما حكاه القاضي حسين أن عادة أهل هراة وغيرها من البلدان أن يأتي المخدرة مع شاهدين يقولان : نشهد أن هـٰذه بنت فلان ، وهي تقر بأن لفلان عليّ كذا ، فيكتب شهادته على الصك ، ثم يؤدي الشهادة . انتهىٰ .

وقد ظهر بذلك أنه ليس المراد : عمل الأصحاب ، بل : عمل بعض الشهود في بعض البلدان ، ولا اعتبار بذلك ، والله أعلم .

٦١٩٩ـ قوله : (**ولو قامت بينة علىٰ عينه بحق فطلب المدعي التسجيل . . سجل القاضي بالحلية لا الاسم والنسب ما لم يثبتا**)[3] أي : بالبينة ، ولا يكفي في ذلك إقرار من قامت عليه البينة ؛ لأن نسب الإنسان لا يثبت بإقراره ، كذا في « أصل الروضة »[4] .

لكن قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه ممنوع ؛ لأمور :

منها : قولهم في القضاء على الغائب فيما إذا شهد شهود الكتاب على المسمىٰ فيه : لا علىٰ عينه : فاعترف المحضر بأن ذلك اسمه ونسبه ، أو أنكر ونكل فحلف المدعي علىٰ ذلك . . توجه له الحكم ، فدل علىٰ ثبوت نسبه بإقراره .

ومنها : ما عليه العمل من أن المشهود عليه يسأل عن اسمه ونسبه ، ويجعل ذلك حجة عليه .

ومنها : أن الناس مؤتمنون علىٰ أنسابهم ، ومن ائتمن علىٰ شيء . . رجع إليه فيه .

قلت : إنما ذلك فيما عليه لا فيما له ، ولو ثبت نسبه بإقراره . . لا يستحق المسطور الذي أقر فيه لشخص مسمىٰ منسوب بدعواه أنه ذلك المسمىٰ والمنسوب ، وليس كذلك ، بل لا بد من معرفته بذلك بالبينة ، والله أعلم[5] .

٦٢٠٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧١] : (**وإن كان نسبا أو موتاً أو ملكاً . . جاز أن يتحمل بالاستفاضة**) قيده ابن يونس في النسب بالأب ، وهو وجه صححه شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، **والأصح** : أن النسب من الأم كذلك ، وقد صرح به « المنهاج » ، وهو داخل في إطلاق « الحاوي » أيضاً[6] ، وقول « المنهاج » [ص ٥٧٢] : (**من أب وقبيلة**) من تفصيله ، واستحسن ، والذي في

---

(١) الروضة (١١/ ٢٦٤) .
(٢) المحرر (ص ٤٩٩) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٧٢) .
(٤) الروضة (١١/ ٢٦٦) .
(٥) انظر « حاشية الرملي » (٤/ ٣٦٧) .
(٦) الحاوي (ص ٦٧١) ، المنهاج (ص ٥٧٢) .

« المحرر » إطلاق النسب[1] ، وشرطه عدم الريبة ، فإن وجدت ؛ بأن كان المنسوب إليه حياً فأنكر . . لم تجز الشهادة ، فإن كان مجنوناً . . جازت **على الصحيح** كالميت ، ولو طعن بعض الناس في ذلك النسب . . امتنعت الشهادة **في الأصح** ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٦٧١] : (**بلا معارض ؛ كإنكار المنسوب إليه ، وطَعْنٍ**) .

٦٢٠١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧١] : (**وأما النكاح والوقف والعتق والولاء . . فقد قيل : يشهد فيها بالاستفاضة ، وقيل : لا يُشهد**) كذا حكى الخلاف في هٰذه الأربعة ، وجزم في الملك بثبوته بالاستفاضة ، والذي في كتب الرافعي والنووي حكاية الخلاف في الخمسة[2] ، وقال في « المحرر » : (رجح منهما المنع)[3] ، وعبر عنه « المنهاج » **بالأصح**[4] ، وفي « الشرح الصغير » فيما عدا الملك رجحه كثيرون ، وصححه في الملك الغزالي وغيره ، وهو الذي يفهم من كون « الحاوي » لم يذكر سوى النسب والموت[5] ، واستدرك في « المنهاج » فقال [ص ٥٧٢] : (**الأصح عند المحققين والأكثرين في الجميع : الجواز**) قال شيخنا ابن النقيب : كذا رأيته في أصل المصنف : في الجميع ، لكنه علىٰ كشط ، ويوجد في بعض النسخ : في الوقف ، والذي في « الروضة » وأصلها : في العتق والولاء والوقف والزوجية وجهان ، قال الإصطخري وابن القاص وابن أبي هريرة وأبو علي الطبري : . نعم ، ورجحه ابن الصباغ ، وقال أبو إسحاق : لا ، وبه أفتى القفال ، وصححه الإمام وأبو الحسن العبادي والروياني ، وفي « العدة » : هو ظاهر المذهب ، لكن الفتوى الجواز ؛ للحاجة ، قال النووي : والجواز أقوىٰ وأصح ، وهو المختار . انتهىٰ[6] .

وصححه في « تصحيح التنبيه » أيضاً[7] ، وأما الملك . . ففي « أصل الروضة » : فيه وجهان ، أقربهما إلىٰ إطلاق الأكثرين : الجواز ، والظاهر أنه لا يجوز ، وهو محكي عن نصه في حرملة ، واختاره جماعة ، ثم قال : والجواز مشهور في المذهب ، فلعل المانع يكتفي بانضمام اليد ، أو التصرف إليه ، أو بانضمامهما وإن لم تطل المدة ، وإلا . . فهما كافيان إذا طالت **في الأصح** ؛ فلا أثر معهما حينئذ للاستفاضة[8] .

---

(١) المحرر (ص ٤٩٩) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٧١ ، ٧٢) ، و« الروضة » (١١/ ٢٦٩) .

(٣) المحرر (ص ٤٩٩) .

(٤) المنهاج (ص ٥٧٢) .

(٥) الحاوي (ص ٦٧١ ، ٦٧٢) .

(٦) الروضة (١١/ ٢٦٧ ، ٢٦٨) .

(٧) تصحيح التنبيه (٢/ ٢٩٨) .

(٨) الروضة (١١/ ٢٦٩) .

قال شيخنا ابن النقيب : فائدتهما معاً الجزم بالجواز حينئذ ؛ كما ذكره في « الروضة » قبله بسطر[1] .

وقال في « المهمات » : **الصواب الذي عليه الفتوىٰ** : المنع ؛ فقد نص عليه الشافعي ، وحكاه عنه في « الكفاية » .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ما نسبه « المنهاج » إلى الأكثرين في المسائل الخمس لا يعرف إلا في الملك ، وما صححه من الجواز مخالف لنصوص الشافعي ، والفتوىٰ عندنا في الأربعة الباقية على المنع ، قال : وظاهر كلامه استواء الجميع في الخلاف ، وليس كذلك ؛ فالولاء له قرب من النسب ، والعتق دونه ، والوقف دون العتق ، والزوجية دون الكل ؛ لما يطرق الزوجية من وجوه الفراق المقتضية لخروجها من الزوجية . انتهىٰ .

وهنا أمور :

أحدها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محل الخلاف في الولاء : ما لم يشتهر اشتهاراً شائعاً في الآفاق ؛ كنافع مولى ابن عمر ، وعكرمة مولى ابن عباس .

قلت : قد اشتهر في مقسم أنه مولى ابن عباس ، وليس مولاه كما قرر في علوم الحديث ، فينبغي إجراء الخلاف مطلقاً ، والشهرة في المثالين الذين ذكرهما إنما هو لشهرة المذكورين ، والله أعلم .

ثانيها : قال شيخنا أيضاً : محل الخلاف : في الوقف الذي لم يشتهر اشتهاراً شائعاً كأرض السواد ؛ فإن الشافعي قال فيها بما اشتهر عنده من وقف عمر رضي الله عنه .

ثالثها : قال شيخنا أيضاً : ومحله عندي فيما إذا أضيف إلىٰ ما يصح الوقف عليه ، فأما مطلق الوقف . . فلا يجوز أن يكون مالكه وقفه علىٰ نفسه واستفاض أنه وقف ، وهو وقف باطل ، وهـٰذا مما لا توقف فيه .

رابعها : قد يفهم ثبوت شروط الوقف وتفاصيله بذلك ، وليس كذلك كما ذكره النووي في « فتاويه » ، قال : بل إن كان وقفاً علىٰ جماعة معينين أو جهات متعددة . . قسمت الغلة بين الجميع بالتسوية ، وإن كان علىٰ مدرسة مثلاً وتعذرت معرفة الشروط . . صرف الناظر الغلة علىٰ ما يراه من مصالحها[2] .

واعترض في « المهمات » علىٰ إطلاقه ، وقال : **الأرجح** ما في « فتاوى ابن الصلاح » : أنه إن شهد بها منفردة . . لم تثبت ، أو ذاكراً لها في شهادته بأصل الوقف في معرض بيان شرط الواقف . .

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/٢٧٩) .
(٢) فتاوى النووي (ص ١٢٢) مسألة (٢٠٠) .

سمعت ؛ لرجوعه إلىٰ بيان كيفية الوقف ، ونُقل من خط ابن الصلاح : أنه لو شهد بالنظر على الوقف الفلاني لزيد من لم يشهد على الواقف ولم يذكر مستنده . . حمل علىٰ أن مستنده الاستفاضة ، والشروط لا تثبت بمثل ذلك(١) .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إطلاق أن الشروط لا تثبت بالاستفاضة غير محقق ؛ فالشروط لا تستفيض أصلاً ، فإن اتفق شرط يستفيض غالباً ؛ ككونه وقفاً علىٰ حرم مكة ونحوه . . ففيه الخلاف في ثبوت أصل الوقف بالاستفاضة ، وصرح الماوردي بما يقتضيه .

خامسها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محل الخلاف في غير حدود العقار ؛ فإن الحدود لا تثبت بالاستفاضة كما ذكره ابن عبد السلام في تسجيل له في بركة الحبش وقفت عليه ، وفيه : ولم يثبت حدودها ؛ إذ الحدود لا تثبت عنده بالاستفاضة ، قال شيخنا : وهو معمول به غير أن الحدود لا تستفيض ، وفي « تعليق الشيخ أبي حامد » ما يقتضي ثبوتها بالاستفاضة ، وهو ممنوع .

سادسها : الخلاف في الملك قولان ، أما المنع . . فقد تقدم من كلام « الروضة » أنه محكي عن نصه في حرملة ، وأما الجواز . . فهو نصه في « الأم » و« المختصر » كما حكاه شيخنا في « تصحيح المنهاج » .

سابعها : قيد في « الأم » و« المختصر » الجواز في الملك بألاَّ يَرَىٰ منازعاً في ذلك .

٦٢٠٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧١] : (**وأقل ما يثبت به الاستفاضة اثنان**) أي : عدلان ، قيده بذلك « المنهاج » لما حكاه وجهاً ، وصدر كلامه بأن شرطه : سماعه من جمع يؤمن تواطؤهم على الكذب(٢) ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٧١] : (**ممن لا ينحصر**) ، وعبارة « الروضة » : جمع كثير يقع العلم أو الظن القوي بخبرهم ويؤمن تواطؤهم على الكذب ، قال : وينبغي أن لا يشترط فيهم العدالة ولا الحرية والذكورة(٣) .

قال في « المهمات » : وما ذكره بحثاً جزم به الماوردي بالنسبة للعدالة ، والروياني بالنسبة للحرية والذكورة ، وحكىٰ وجهين في انفراد الصبيان به مع شواهد الحال بانتفاء المواطأة .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : اعتبار أن يؤمن تواطؤهم على الكذب لم يذكره الشافعي ، وإنما اعتبر بظاهر الأخبار بحيث يثبت في قلب السامع معرفته ، وهو المعتمد ، وقيد ابن الصباغ وجه الاكتفاء بعدلين بأن يسكن قلبه إلىٰ خبرها ، وحكاه عن أصحابنا المتأخرين .

---

(١) فتاوى ابن الصلاح (٢/٥١٨) مسألة (٥١٣) .
(٢) المنهاج (ص ٥٧٢) .
(٣) الروضة (١١/٢٦٨) .

٦٢٠٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧١] : (**وإن رأىٰ رجلاً يتصرف في دار مدة طويلة من غير معارضة.. جاز أن يشهد له باليد والملك ، وقيل : يشهد باليد دون الملك ، وهو الأصح**) **الأصح** : الشهادة له بالملك أيضاً ، صححه في « المنهاج » ، لكنه لم يقيده بعدم المعارضة[(١)] ، ولا بد منه ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٧١] : (**بطول أو تسامع بلا منازع**) ، فأشار إلى الاستغناء بالتسامع عن طول المدة ، هـٰذا إن قرأته بضم الميم ، فقال بعضهم ينبغي : أن يقرأ بفتح الميم عطفاً علىٰ (أبصر) ليوافق ما هو أقرب إلىٰ كلام الأكثرين أنه يكفي التسامع وحده من غير يد وتصرف ، واختار القاضي والإمام والغزالي أنه يكفي ، وهو المنصوص ، فينبغي علىٰ هـٰذا قراءته بضم الميم ، ولا يختص ذلك بالدار كما صوره « التنبيه » ، وقد يفهم من قول « المنهاج » [ص ٥٧٢] : (**وشرطه : تصرف ملاك من سكنىٰ وهدم وبناء**) و« الحاوي » [ص ٦٧١] : (**كالبناء والهدم**) فقد قال في « أصل الروضة » : وسواء العقار والعبد والثوب وغيرها إذا ميز المشهود به عن أمثاله[(٢)] ، لكن صحح النووي في اللقيط : أنه لو رأىٰ صغيراً في يد إنسان يأمره وينهاه ويستخدمه.. ليس له أن يشهد له بملكه ، إلا إن سمعه يقول : هو عبدي ، أو سمع الناس يقولون ذلك[(٣)] .

قال في « المهمات » : وكأن الفرق وقوع الاستخدام في الأحرار كثيراً مع الاحتياط في الحرية . انتهىٰ .

وقد يفهم من تعبير « المنهاج » أنه لا بد من اجتماع هـٰذه الأمور ، وليس كذلك ، بل واحد منها كاف ، وليس المراد : اختصاص هـٰذه التصرفات بالملاك ، بل الغالب صدورها منهم ، ولا يفهم منه الاكتفاء بالتصرف مرة واحدة ؛ لاعتباره قبل ذلك طول المدة .

فصل

[في تحمل الشهادة في النكاح وغيره]

٦٢٠٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٢] : (**تحمل الشهادة فرض كفاية في النكاح**) ألحق به شيخنا في « تصحيح المنهاج » عقد الوكيل المقيد بالإشهاد بحيث لا يصح ذلك المقيد إلا به ، فهو كالنكاح في الجزم بأن التحمل فيه فرض كفاية ، وفيه نظر ، وقرن الماوردي النكاح بالرجعة ، وكأنه مفرع على القديم في وجوب الإشهاد عليها .

---

(١) المنهاج (ص ٥٧٢) .

(٢) الروضة (١١/ ٢٧٠) .

(٣) الروضة (٥/ ٤٤٤) .

٦٢٠٥- قوله : (**وكذا الإقرار والتصرف المالي وكتابة الصك في الأصح**)[١] فيه أمور :

أحدها : لا معنىٰ لتقييد التصرف المالي ؛ فإن الخلاف جار في الطلاق والعتق والرجعة تفريعاً على الجديد ؛ ولذلك أطلق « التنبيه » أن تحمل الشهادة فرض كفاية[٢] .

ثانيها : عبر في « الروضة » فيما عدا الصك بالصحيح ، وبه قطع العراقيون ، وفي كتابة الصك **بالأصح** ، وبه قطع السرخسي[٣] .

ثالثها : يرد عليهما معاً : أن محل الوجوب إذا حضره المتحمل ، فإن دعاه . . لم يلزمه في **الأصح** ، إلا أن يكون المحمل معذوراً بمرض أو حبس ، أو كانت مخدرة واعتبرنا التخدر ، وكذا إذا دعاه القاضي ليشهده علىٰ أمر ثبت عنده . . لزمه الإجابة .

رابعها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محله إذا كان المتحملون كثيرين ، فإن لم يوجد إلا العدد المعتبر في الحكم . . فهو فرض عين كما جزم به الشيخ أبو حامد والماوردي وغيرهما ، وهو واضح جار على القواعد ، وفي كلام الشافعي ما يقتضيه . انتهىٰ .

وصرح به « التنبيه » فقال [ص ٢٦٩] : (**فإن كان في موضع ليس فيه غيره . . تعين عليه**) .

خامسها : استثنى ابن يونس في « النبيه » من ذلك : حدود الله تعالىٰ ، للندب إلىٰ سترها .

سادسها : قد يفهم من كلامهما أنه لو طلب التحمل من اثنين . . لزمهما كالأداء ، وليس كذلك بلا خلاف كما في « أصل الروضة »[٤] ، لكن الخلاف فيه موجود ، حكاه الماوردي[٥] .

ويرد علىٰ إطلاق « التنبيه » أن أداء الشهادة فرض كفاية : ما إذا لم يكن في القضية إلا اثنان . . فيلزمهما الأداء كما صرح به « المنهاج »[٦] ، وقد يفهم من قول « التنبيه » [ص ٢٦٩] : (**فإن كان في موضع ليس فيه غيره . . تعين عليه**) وإن كان المتبادر إلى الفهم منه أن هـٰذا الكلام في التحمل .

ويرد علىٰ إطلاقه أيضاً : أن لوجوب الأداء شروطاً ذكرها « المنهاج » و« الحاوي » ، وعبارته : (**إن دُعيَ من العدوىٰ ، لا علىٰ فاسق إجماعاً ، ومعذورٍ بنحو مرضٍ**)[٧] وسنتكلم علىٰ ذلك .

٦٢٠٧- قول « المنهاج » [ص ٥٧٢] : (**فلو طلب من اثنين . . لزمهما في الأصح**) محل الخلاف كما قال الإمام : أن يعلما أن في الشهود من يرغب في الأداء ، أو لم يعلما منهم رغبة ولا إباء ، فإن

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٧٢) .

(٢) التنبيه (ص ٢٦٩) .

(٣) الروضة (١١/ ٢٧٦) .

(٤) الروضة (١١/ ٢٧٤) .

(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٧/ ٥١) .

(٦) المنهاج (ص ٥٧٢) .

(٧) الحاوي (ص ٦٧٥) .

علما إباءهم . . فليس موضع الوجهين ، حكاه عنه الرافعي[1] ، ومراده : الجزم باللزوم في هٰذه الصورة كما صرح به في « الشرح الصغير » من غير عزو إليه ، فقال : فإن علم المدعوان أن غيرهما يأبى الأداء . . فعليهما الإجابة بلا خلاف ، واختصر ذلك في « الروضة » بقوله : وليس موضع الخلاف ما إذا علما من حالهم رغبة أو إباءً[2] ، وهي عبارة مختلة كما قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » فإنهما إذا علما من حال الباقين رغبة . . فهو أحد صورتي محل الخلاف .

وقال شيخنا ابن النقيب : يظهر أن مفهومه أنه إذا علم رغبتهم . . الجواز جزماً ، أو إباءهم . . الامتناع جزماً[3] .

قلتُ : وكان يمكن القول بهٰذا ، لكنه ليس مطابقاً لما حكاه الرافعي عن الإمام ، فإن أراد النووي هٰذا من جهة النقل أو التفقه . . فكان حقه نقل ما حكاه الرافعي عن الإمام . ثم يزيد ما يرىٰ زيادته ، والله أعلم .

٦٢٠٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٣] و« الحاوي » [ص ٦٧٥] : (**ولوجوب الأداء شروط : أن يُدعىٰ من مسافة العدوىٰ**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ليس للشافعي نص يقتضيه ، ولا هو في كلام العراقيين هنا ، وكلامهم دال على اعتبار انتفاء الضرر عن الشاهد ، وصرح الماوردي بأنه إذا دعي للأداء إلىٰ موضع يخرج به عن بلده . . فإنه يعذر بالتأخير ، قربت المسافة أو بعدت ، كان ذا مركوب أو لم يكن[4] ، ولم يتعرض في « الروضة » وأصلها لطريقة العراقيين في ذلك ، وهي قوية تقتضيها نصوص الشافعي .

٦٢٠٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٣] : (**وقيل : دون مسافة قصر**) كذا وقفت عليه ، وحكىٰ شيخنا في « تصحيح المنهاج » لفظه : (وقيل : من مسافة قصر) وقال : إنه وهم ، فإن كان كذلك في لفظ « المنهاج » . . فهو وهم بلا شك لكن الذي وقفت عليه في نسخ « المنهاج » ما تقدم .

٦٢١٠ـ قوله : (**فإن دُعي ذو فسق مجمع عليه ، قيل : أو مختلف فيه . . لم يجب**)[5] شرط جريان الوجه في المختلف فيه : أن يكون ظاهراً كما قيده في « الروضة » ، بخلاف المجمع عليه لا فرق بين الظاهر والخفي[6] ، وقد اقتصر « المنهاج » تبعاً « للمحرر » علىٰ عدم الوجوب[7] ،

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٧٦) .
(٢) الروضة (١١/ ٢٧٢) .
(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ٢٨٢) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٧/ ٥٦) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٥٧٣) .
(٦) الروضة (١١/ ٢٧٢ ، ٢٧٣) .
(٧) المحرر (ص ٥٠٠) .

وهو الذي يقتضيه قول « الحاوي » [ص ٦٧٥] : (**ويجب أداؤها ، لا علىٰ فاسق إجماعاً**) ، لكن الذي في « الروضة » وأصلها في المجمع عليه : أنه يحرم عليه أداء الشهادة[(١)] .

وأفهم « المنهاج » و« الحاوي » باقتصارهما على الشروط المتقدمة أنه لو دعي إلىٰ قاض متعنت لا يأمن أن يرده جوراً . . وجبت عليه الإجابة ، وهو **الأرجح** في « الروضة » ، وأنه لو دعي للأداء عند أمير أو وزير . . لزمته الإجابة ، وبه قال ابن كج إذا علم أنه يصل به إلى الحق ، بعد أن نقل عن ابن القطان أنه لا يلزمه ، قال في « الروضة » : قول ابن كج أصح[(٢)] .

وقال في « التوشيح » : ينبغي أن يحمل علىٰ ما إذا علم أن الحق لا يخلص إلا عند الأمير أو الوزير ، وإليه يرشد قوله : (إذا علم أنه يصل به إلى الحق) أما إذا علم أن القاضي يقدر علىٰ تخليصه . . فلا وجه لإقامة الشهادة عند من ليس أهلاً لسماعها ، وقد جزم في « الروضة » في القضاء على الغائب بأن منصب سماع الشهادة يختص بالقضاة ، وأفهم كلامهما أيضاً الوجوب فيما لو دُعي لأداء الشهادة عند من لا يعتقد انعقاد ولايته لجهل أو فسق ، وكذا ذكره في « الكفاية » .

ويرد على « الحاوي » أنه لو لم يكن في القضية إلا شاهد واحد . . لم يلزمه الأداء إلا إن كان مما يثبت بشاهد ويمين ، وقد ذكره « المنهاج » ، وتناول إطلاقه ما لو دعي لأداء الشهادة عند حنفي لا يقضي بالشاهد واليمين ، **والأظهر** في « الكفاية » : أنه لا يجب الأداء في هـٰذه الصورة .

٦٢١١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦٩] : (**ولا يجوز لمن تعين عليه أن يأخذ أجرة ويجوز لمن لم يتعين**) **الأصح** عند الرافعي والنووي : جواز أخذ الأجرة على التحمل وإن تعين ، ومنعه على الأداء وإن لم يتعين ، ثم قال الرافعي : ومقتضىٰ قولنا : له طلب الأجرة إذا دعي للتحمل . . أن يطلب الأجرة إذا دعي للأداء ، سواء كان القاضي معه في البلد أم لا[(٣)] .

قال النووي : هـٰذا ضعيف مخالف لكلام الأصحاب ، فإن فرض من يحتاج إلى الركوب في البلد . . فهو محتمل ، والوجوب ظاهر[(٤)] .

قلت : فرق الماوردي وغيره بينهما بأن أخذ الأجرة على الأداء يوجب ريبة ، علىٰ أن الماوردي حكىٰ وجهين فيما إذا كان ممتنعاً عن كسبه بالتحمل أو الأداء ، وجعل في أخذ الأجرة عليهما ثلاثة أوجه : ثالثها : يجوز على التحمل دون الأداء[(٥)] .

وقال الشيخ عز الدين في « القواعد » : لا يجوز أخذ الأجرة علىٰ تحمل شهادة يبعد تذكرها

---

(١) فتح العزيز (١٣/ ٧٧) ، الروضة (١١/ ٢٧٢) .
(٢) الروضة (١١/ ٢٧٣ ، ٢٧٤) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٨١ ، ٨٢) .
(٤) انظر « الروضة » (١١/ ٢٧٥ ، ٢٧٦) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٧/ ٥٦) .

ومعرفة الخصمين فيها ؛ لأن باذل الأجرة إنما يبذلها علىٰ تقدير الانتفاع بها عند الحاجة إليها ، فيصير هنا أخذ الأجرة علىٰ شهادة لا يحل له أداؤها .

قال شيخنا الإسنوي في « التنقيح » : ويسأل عن الفرق بين أخذ الأجرة هنا وبين وضع الجذوع إذا قلنا بالقديم . وهو إجبار الجار عليها ؛ فإنه لا أجرة له كما نقله ابن الرفعة عن « المهذب » وغيره[1] ، ولم يحكِ فيه خلافاً ، ويشكل أيضاً على استئجار المسلم على الجهاد ؛ فإنهم قالوا : لا يجوز ؛ وعللوه بأنه إذا حضر الصف . . تعين عليه ، ومن تعين عليه الشيء لا يأخذ عليه أجرة ، ثم إنه يشكل على الاستئجار للحج ؛ فإنه يجوز وإن قلنا : إن من قصد مكة . . يلزمه الإحرام . انتهىٰ .

ومحل أخذ الأجرة على التحمل : ما إذا لم يكن له رزق من بيت المال ، فإن كان . . لم يجز الأخذ ، وكذا حكم كاتب الصكوك ، وهو وارد علىٰ قول « الحاوي » [ص ٦٧٥] : (**وللكاتب أجره**) وقد يحمل الآخر علىٰ أعم من المأخوذ من بيت المال ، فلا إيراد .

قال أبو الفرج : وإنما يستحقها إذا دعي للتحمل ، أما إذا أتاه المشهود عليه . . فلا أجرة له .

٦٢١٢ـ قول « الحاوي » [ص ٦٧٥] : (**وله أجر المركوب وإن لم يركب**) أي : من موضعه إلى القاضي كذا أطلقه في « الوجيز »[2] ، وقيده الإمام والبغوي بمسافة العدوىٰ[3] ، وجزم به في « الروضة »[4] ، وضم في « التهذيب » نفقة الطريق إلىٰ أجرة الركوب[5] ، وفي « تعليق الشيخ أبي حامد » : أن الشاهد لو كان فقيراً يكسب قوته يوماً يوماً ، وكان في صرف الزمان إلىٰ أداء الشهادة ما يشغله عن كسبه . . لم يلزمه الأداء إلا إذا بذل له المشهود له قدر كسبه في ذلك الوقت ، وحكى البغوي وجهين فيما لو أعطاه شيئاً ليصرفه في نفقه الطريق وأجرة المركوب . . هل له أن يصرفه إلىٰ غرض آخر ويمشي ؟ وهما كالوجهين فيما لو أعطىٰ فقيراً وقال له : اشتر لك به ثوباً . . هل له أن يصرفه إلىٰ غير الثوب ؟ **والأصح** : الجواز فيهما ، كذا في « أصل الروضة » هنا[6] ، لكن في مسألة الفقير تفصيل مذكور في الهبة ، **والقياس** : طرده في مسألة الشاهد .

قال في « **المهمات** » : ثم إن مشى الشاهد من بلد إلىٰ بلد . . قد يكون خارماً للمروءة قادحاً في قبول الشهادة ، فيظهر حينئذ امتناعه في حق من هـٰذا شأنه .

---

(١) المهذب (٢/ ٣٢٤) .
(٢) الوجيز (٢/ ٢٥٢) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٦٢٤) ، و« التهذيب » (٨/ ٢٢٧) .
(٤) الروضة (١١/ ٢٧٥) .
(٥) التهذيب (٨/ ٢٢٧) .
(٦) الروضة (١١/ ٢٧٥) ، وانظر « التهذيب » (٨/ ٢٢٨) .

قلت : وقد لا يكون خارماً للمروءة ؛ لصرفه فيما هو أهم من الركوب من نفقة نفسه وعياله ووفاء دينه ، لا أنه يفعل ذلك بخلاً وإيثاراً لتحصيل المال .

٦٢١٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٠] : (**ولا تقبل شهادة الإنسان علىٰ فعل نفسه**) يقتضي أنه لا يقبل قوله : أشهد أني رأيت الهلال ، وبه صرح ابن أبي الدم ، لكن صرح الرافعي في صلاة العيد بالاكتفاء بذلك[١] ، وقال في الشهادة على الزنا : إنهم يقولون : أدخل ذكره في فرجها . . . إلىٰ آخره[٢] ، وسبقه إلىٰ ذلك ابن سراقة والقفال وغيرهما ، ونص السبكي في « الحلبيات » وخطّأ من أنكره ، وأطنب في ذلك ، وقال : الرؤية ليست من فعله ، وإنما هي أشعة تتعلق بالمرئي[٣] .

نعم ؛ النظر من فعله فلا يقول : نظرت ، وقد تقدم ذلك في الصيام .

٦٢١٤ـ قوله : (**كالمرضعة على الرضاع**)[٤] محله : ما إذا قالت : أشهد أني أرضعته ، أو ادعت أجرة ، فإن لم تدع أجرة . . **فالأصح** : القبول .

٦٢١٥ـ قوله : (**والحاكم على الحكم بعد العزل**)[٥] قال في « التوشيح » : تقييده بما بعد العزل لا يتضح ؛ فإنه لا تقبل شهادته علىٰ فعل نفسه مطلقاً ؛ غاية الأمر أن قوله قبل العزل مقبول ، لكنه ليس شهادة ، وإلا . . لم تقبل منه وحده ، بل هو حكم أو إخبار عن الحكم الصادر منه قبل ذلك ، وهو مقبول منه ؛ لقدرته على الإنشاء .

٦٢١٦ـ قوله : (**وقيل : تقبل شهادة القاسم والحاكم**)[٦] قال في « التوشيح » أيضاً : حكاية الخلاف في القاسم والحاكم مع القطع بالمنع في المرضعة لا يعرف ؛ فإنها أولىٰ منهما ، وقد جزم في « المهذب » بقبول شهادتهما .

٦٢١٧ـ قوله : (**وإن شهد ثلاثة بالزنا . . وجب على الشهود حد القذف في أحد القولين**)[٧] هو **الأصح** ، فعلىٰ هـٰذا : لا تقبل شهادتهم حتىٰ يتوبوا ، **والمشهور** : قبول روايتهم قبلها ، ويمتحن بذلك ، فيقال : فاسق تقبل روايته دون شهادته .

ويستثنىٰ من ذلك : ما لو شهد بالجرح وذكر سببه وهو الزنا ، ولم يكمل أربعة . . فإنه لا حد عليه على **المختار** أو الصواب في «الروضة»[٨] لأنه مسئول عنها ، بخلاف شهود الزنا ؛ فإنهم مقصرون .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٢/٣٦٨) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١٣/٤٧) .
(٣) قضاء الأرب في أسئلة حلب (ص ٤٦٧) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٠) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٠) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٠) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ٢٧١) .
(٨) الروضة (١١/ ١٧١) .

٦٢١٨ـ قوله : (**وإن شهد أربعة أحدهم الزوج. . فقد قيل : يحد الزوج قولاً واحداً ، وفي الثلاثة قولان ، وقيل : في الجميع قولان**)[1] **الأصح** : الطريقة الأولىٰ ، **وأصح** القولين : أن الثلاثة يحدون أيضاً ، ومحل الطريقين : ما إذا لم يسبق من الزوج قبل شهادته قذف ، فإن سبق منه قذف. . حد قطعاً ، قاله ابن الصباغ .

٦٢١٩ـ قوله : (**ومن شهد بالرضاع. . ذكر أنه ارتضع من ثديها أو من لبن حلب منها ، وذكر عدد الرضاع ، ووقته**)[2] أي : كونه في سن الرضاع وهو الحولان فما دونهما ، لا بد أيضاً مع ذكر العدد من التفريق ، لكن قال الرافعي : إن ذكر العدد يقتضيه ، وقال ابن الرفعة : لا ؛ فإن مأخذ ذكره اختلاف الناس ، فذكره ينفي احتمال الانتقال من ثدي إلىٰ ثدي ، **الأصح** أيضاً : أنه لا بد من ذكر وصوله إلى الجوف .

٦٢٢٠ـ قوله : (**وإن شهد بالزنا. . ذكر الزاني وكيف زنىٰ**)[3] أوضحه « الحاوي » بقوله [ص ٦٧٢] : (**وللزنا أنه أدخل فرجه في فرجها**) والمراد : الحشفة أو قدرها من مقطوعها ، وإن كان ظاهر إطلاق الفرج يوهم الجميع .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لنا كلام في الاكتفاء بتغييب الحشفة ؛ فإن العمدة في ذلك ما علق رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ إيجاب الغسل عليه بقوله : « إذا جاوز الختانُ الختانَ فقد وجب الغسل »[4] ، والختان : موضع القطع ، وهو وراء الحشفة بقدر أنملة ونحوها ، فلابد في تعلق الأحكام من إيجاب الغسل وغيره من دخول الحشفة وما بعدها حتىٰ يدخل موضع القطع ، ولم أجد في حديث من الأحاديث تعليق الحكم على الحشفة وعلىٰ هٰذا فمقطوع الحشفة أو بعضها لابد أن يولج القدر الذي كان يعتبر عند السلامة ، وكذا لو خلق لا حشفة له. . فلابد من اعتبار الحشفة وما بعدها إلىٰ موضع القطع ، قال شيخنا : وينبغي أن يقول الشاهد في يقظته ؛ لأنه قد يدخل ذكره في حال نومه .

٦٢٢١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٢] : (**وفي أي موضع زنا**) لم يتعرض له الرافعي والنووي ، وذكره الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ ، وحكاه الماوردي عن أصحابنا ، قال : وعلىٰ قياسه زمان الزنا ، ثم قال : وليس إطلاق هٰذا القول عندي صحيحاً ، والواجب أن ينظر ، فإن صرح بعض الشهود بذكر المكان والزمان. . وجب سؤال الباقين عنه ، وإن لم يصرح بعضهم

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٧١) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٧١) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٢) .

(٤) أخرجه مسلم (٣٤٩) .

به . . لم يسألوا عنه ؛ لأنه لو وجب سؤالهم عن الزمان والمكان إذا لم يذكروه . . لوجب سؤالهم عن ثيابه وثيابها ، وعن لون المزني بها من سواد أو بياض ، وعن سنها من صغيرة أو كبيرة ، وعن قدها من طول أو قصر ؛ لأن اختلافهم فيه موجب لاختلاف الشهادة ، فيتناهىٰ إلىٰ ما لا يحصىٰ ، وهٰذا غير معتبر في السؤال ، فكذلك في المكان والزمان ، إلا أن يبتدىء بعض الشهود بذكره . . فيسأل الباقون عنه ؛ ليعلم ما هم عليه من موافقة واختلاف[1] .

وحكىٰ شيخنا في « تصحيح المنهاج » اعتبار الزمان عن القاضي أبي الطيب وابن الصباغ ، ثم قال : **والصحيح عندنا** : أنه لا يشترط بيان المكان ولا الزمان ولو ذكره بعض الشهود ؛ لأنهم لو قالوا : لا ندري في أي زمان كان . . كانت شهادتهم مقبولة ، وأما المكان . . ففي نسيانه بعد ، لكن لما لم يسأل عنه عمر رضي الله عنه . . دل علىٰ أنه ليس بمعتبر ، والشافعي لم يعتبره ، والمعتمد عدم اعتباره . انتهىٰ .

٦٢٢٢ـ قوله : (**ومن كانت عنده شهادة في حد من حدود الله عز وجل ؛ فإن رأى المصلحة في الشهادة . . شهد ، وإن رأى المصلحة في الستر . . استحب أن لا يشهد**)[2] كذا صححه النووي في باب حد الزنا من زيادة « الروضة »[3] ، وصحح الرافعي في الموضع المذكور أنه لا يستحب كتمانها ؛ لئلا تتعطل[4] ، وجزم هو والنووي في باب الشهادات بأن الأفضل فيها الستر[5] ، وكذا جزم به النووي من زيادته في آخر الباب الثاني من القضاء[6] ، وفي « الكفاية » : أن محل ذلك فيما إذا لم يتعلق بتلك الشهادة إيجاب حد علىٰ غير مرتكب الجريمة ، فإن تعلق به كما إذا شهد ثلاثة بالزنا . . فإنه يجب على الرابع الأداء ويأثم بالتوقف ، وحكاه عن « الحاوي » و« البحر » .

فصل
[في الشهادة على الشهادة]

٦٢٢٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٢] : (**تجوز الشهادة على الشهادة في حقوق الآدميين ، وفي حدود الله عز وجل قولان ، أظهرهما : أنه يجوز**) هو ظاهر إطلاق « الحاوي » قبول الشهادة على

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٧/ ٢٤٠ ، ٢٤١) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٧١) .
(٣) الروضة (١٠/ ٩٥) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١١/ ١٥١) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٣٦) ، و« الروضة » (١١/ ٢٤٤) .
(٦) انظر « الروضة » (١١/ ١٧١) .

الشهادة ، لكن **المذهب** في « أصل الروضة » : منعه في حدود الله تعالىٰ[1] ، وهو مفهوم قول « المنهاج » [ص ٥٧٣] : (**وفي عقوبة لآدمي على المذهب**) والمراد : منع إثباتها ، أما الشهادة بأن القاضي حد فلاناً . . فلا خلاف في جوازه ؛ لأنه حق آدمي ، فإنه إسقاط حد عنه ، قال في « أصل الروضة » : ذكره ابن الصباغ ، وظاهره أنه من كلامه ، وإنما نقله عن ابن القاص ، قال ابن القاص : والإحصان كالحد ، كذا أطلق نقله عنه في « أصل الروضة »[2] ، وإنما قاله في إحصان من ثبت زناه ، لا مطلقاً كما حكاه عنه ابن الصباغ .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لو خرج علىٰ أن شهود الإحصان هل يتعلق بهم الغرم إذا رجعوا . . لكان له وجه ، فإذا فرعنا علىٰ **الأصح** أنه لا يتعلق بهم . . دخلته الشهادة على الشهادة ، قال : ويحتمل أن لا تدخله الشهادة على الشهادة على المرأتين ؛ لأنه علىٰ كل حال ترتب عليه قتل الذي ثبت زناه ، ثم بحث شيخنا الفرق بين أن يثبت زناه بالإقرار . . فتقبل الشهادة على الشهادة في إحصانه ؛ لإمكان رجوعه ، وبين أن يثبت بالبينة ، وقال : له وجه قوي أقوىٰ من إطلاق الثبوت ، قال : ويفهم منه أنه لا يثبت بالشهادة على الشهادة بلوغ من ثبت زناه ؛ لأنه يؤول إلى العقوبة ، وكذا بقية ما يعتبر في الإحصان ، قال : ويزاد عليه لعان الزوج إذا أنكرته المرأة . . لا يثبت بالشهادة على الشهادة ؛ لأنه يترتب علىٰ لعانه إيجاب الحد على المرأة إذا لم تلاعن ، وكذا الشهادة بانتقاض عهد الذمي ؛ لتخيُّر الإمام فيه بين أمور فيها القتل ، والشهادة على الإمام باختيار القتل ، وعلى الحاكم الذي حكم بقتل من نزل علىٰ حكمه من الرجال المكلفين ، وعلى الحاكم بإيجاب الحد على الزاني .

٦٢٢٤ـ قولهما ـ والعبارة لـ « المنهاج » ـ : (**وتحمُّلُهَا بأن يسترعيه فيقول : « أنا شاهد بكذا وأشهدك » ، أو « اشهد علىٰ شهادتي » ، أو يسمعه يشهد عند قاض ، أو يقول : « أشهد أن لفلانٍ علىٰ فلانٍ ألفاً من ثمن مبيع أو غيره »**)[3] فيه أمور :

أحدها : أنه يفهم اختصاص الشهادة بالمسترعي ، وليس كذلك ، قال في « أصل الروضة » : وإذا صح الاسترعاء . . لم يختص التحمل بمن استرعاه[4] ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٦٧٢] : (**أو أذن فيها**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وظهر بذلك أنه إذا سمع قضاء القاضي بعلمه . . فإنه يجوز أن يتحمل الشهادة علىٰ قضاء القاضي وإن لم يسترعه ، وكذا المحكم إذا جوزنا حكمه .

---

(١) الروضة (١١/ ٢٨٩) .

(٢) الروضة (١١/ ٢٨٩) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٢) ، و« المنهاج » (ص ٥٧٣) .

(٤) الروضة (١١/ ٢٩٠) .

ثانيها : مقتضىٰ كلامهما : أنه لابد مع الإذن من الشهادة علىٰ شهادته من أن يخبر أن عنده شهادة بكذا ، وليس كذلك ؛ ولهـٰذا لم يعتبر « الحاوي » سوى الإذن فيها ، لكن مقتضىٰ عبارته الاكتفاء بقوله : (أذنت لك أن تشهد بكذا) وإن لم يقل : (علىٰ شهادتي) ، ويوافقه تمثيل « أصل الروضة » لذلك بأن يقول : إذا استشهدت علىٰ شهادتي . . فقد أذنت لك أن تشهد[1] ، وتعقبه شيخنا في « تصحيح المنهاج » باحتماله أن تشهد أنت علىٰ ما تعرفه من ذلك ، قال : ومقتضىٰ نص الشافعي أنه لابد أن يقول : فاشهد علىٰ شهادتي ، وفي « الحاوي » للماوردي : لو قال : أشهد أن لفلان علىٰ فلان ألفاً ، فاشهد أنت بها . . لم يكن استرعاء حتىٰ يقول : فاشهد علىٰ شهادتي ، نص عليه[2] .

ثالثها : ذكر « المنهاج » المضارع وهو قوله : (**أشهدك**) والأمر وهو قوله : (**اشهد**) واقتصر « التنبيه » على الأمر ، وقد يفهم منهما أنه لو قال : (أشهدتك) بلفظ الماضي . . لم يكف ، وقد صرح في « أصل الروضة » بالتمثيل بالماضي[3] ، وقد يقال : إن تعبير « الحاوي » بالإذن لا يتناول الماضي ولا المضارع .

رابعها : يرد علىٰ عبارة الثلاثة المحكم ، فيكفي أداء الشهادة عنده وإن لم نجوز التحكيم ، وينبغي الاكتفاء بأداء الشهادة عند أمير أو وزير ؛ بناء علىٰ تصحيح النووي وجوب أدائها عنده ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وعندي يجوز على الوجهين ؛ لأن الشاهد لا يقدم علىٰ ذلك عند الوزير أو الأمير إلا وهو جازم بثبوت المشهود به ، قال : وكذلك لو شهد عند الكبير الذي دخل في القضية بغير تحكيم .

خامسها : نازع شيخنا في « تصحيح المنهاج » في الطريق الثالث وهو بيان السبب ، فقال : لم أقف في نصوص الشافعي رضي الله عنه علىٰ ما يقتضي الاكتفاء به ، وفي « النهاية » عن الأكثرين : أنه لا يكتفىٰ به ، وأنه **الأظهر**[4] ، وقال شيخنا المذكور : إنه الصحيح الذي تقتضيه نصوص الشافعي .

٦٢٢٥ـ قول «المنهاج» [ص ٥٧٣] : (**وفي هـٰذا وجه**) يقتضي أنه ليس في الذي قبله وهو الشهادة عند القاضي ، وليس كذلك ، وفي الرافعي عن أبي حاتم القزويني وجه أنه لا يكفي أيضاً[5] .

---

(١) الروضة (١١/ ٢٨٩) .
(٢) الحاوي الكبير (١٧/ ٢٢٤) .
(٣) الروضة (١١/ ٢٨٩) .
(٤) نهاية المطلب (١٩/ ٣٩) .
(٥) فتح العزيز (١٣/ ١١٤) .

٦٢٢٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٢] : (**فإن أراد أن يؤدي الشهادة على الشهادة ؛ فإن تحمل بالاسترعاء** . . . إلىٰ آخر كلامه) يفهم أن ذلك علىٰ طريقة اللزوم ، وليس كذلك ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٥٧٣] : (**وليبين الفرع عند الأداء جهة التحمل ، فإن لم يبين ووثق القاضي بعلمه . . فلا بأس**) وهو مفهوم من سكوت « الحاوي » عن بيان جهة التحمل .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : انفرد بذلك الإمام ، وهو مخالف لإطلاق الأصحاب ، والمعتمد عندي خلافه ؛ لأنه وإن كان عالماً بكيفية التحمل قد لا يوافق رأيه رأي الحاكم ولو كان مقلداً لإمام الحاكم ؛ لأن المقلدين تختلف آراؤهم علىٰ مقتضىٰ مذهب إمامهم ، وقال الغزالي : إن له الإصرار ، وإن سأله القاضي . . لم يلزمه التفصيل[1] ، قال شيخنا : وهـٰذا يورث القاضي ريبة في جهة التحمل التي اعتمدها .

٦٢٢٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٣] : (**ولا يصح تحمل النسوة**) لم يصرح به في « المحرر » ، وقال في « الدقائق » : ليس بزيادة محضة ؛ فإنه يفهم من قول « المحرر » قبل هـٰذا : (إن ما ليس المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال غالباً لا يثبت إلا برجلين) . انتهىٰ[2] .

ولا يصح تحمل الخنثى المشكل أيضاً ، لكن لو بانت ذكورته . . صح تحمله .

٦٢٢٨ـ قوله : (**فإن حدث ـ أي : بالأصل ـ ردة أو فسق أو عداوة . . منعت**)[3] أي : شهادة الفرع ، و« الحاوي » [ص ٦٧٢] : (**لا إن فسق أو عادىٰ**) فيه أمور :

أحدها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : يستثنىٰ منه : ما إذا كان الفرع شاهداً علىٰ شهادة من قضىٰ بعلمه ؛ فإنها شهادة علىٰ شهادة ملازمة للقضاء ، فإذا حدث من القاضي بعلمه ردة أو فسق أو عداوة . . لم يمنع من قبول شهادة الفرع ، ولا يلحق به ما إذا شهد الفرع علىٰ شهادة أصل شاهد عند حاكم ؛ فإنه إن قضى القاضي بشهادة الأصل . . فليس شهادة علىٰ شهادة ، وإلا . . فهو منفك عن القضاء بخلاف ما ذكرناه .

ثانيها : أنه تناول ما إذا حدثت العداوة بعد إقامة الفرع شهادته عند الحاكم ، وقد قال ابن الصباغ : إن ذلك لا يؤثر في الشاهد الأصلي ، وحكاه عن الشافعي ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وليس في كلام غيره ما يخالفه ، وفقهه واضح ، وهو وارد علىٰ إطلاق أن حدوث عداوة مانع من قبول شهادة الفرع .

ثالثها : المراد : حدوث ذلك قبل الحكم بشهادته ، ولا أثر لحدوثه بعده ، كما صرح به في

---

(١) انظر « الوسيط » (٧/٣٨٣) .

(٢) الدقائق (ص ٧٧) .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٧٣) .

« أصل الروضة »[1] ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهـٰذا مقيد في الفسق والردة بأن لا يكون في حد لآدمي أو قصاص لم يستوف ، فإن وجد بعد القضاء وقبل الاستيفاء . . لم يستوف على المذهب كما في الرجوع عن الشهادة .

٦٢٢٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٣] : (**وجنونه كموته على الصحيح**) قد يفهم أن الإغماء ليس كذلك ، وقد فصل فيه الإمام فقال : فإن كان غائباً . . لم يؤثر ، وإن كان حاضراً . . لم يشهد الفرع ، بل ينتظر زواله ؛ لقربه[2] ، قال الرافعي : ومقتضاه : أن يلحق به كل مرض يتوقع زواله كالإغماء[3] ، وقال النووي : **الصواب** : أن المرض لا يلحق به وإن توقع زواله قريباً ؛ لأن المريض أهل للشهادة بخلاف المغمىٰ عليه[4] .

واعترضه في « المهمات » : بأنه لا يقتضي بطلان كلام الرافعي ، بل يعضده ويقويه ؛ لأن وجود الأصل بصفة الشهادة أقرب إلىٰ عدم قبول الفرع من وجوده بصفة يخرج بها عن الأهلية بسبب لا تقصير فيه ، والمجنون الحاضر تقبل شهادة فرعه ، وإلحاق الإغماء به أقرب من إلحاقه بمرض لا يزيل العقل ، فإذا انتظرنا زوال الإغماء ؛ لقربه . . فالمرض القريب أولىٰ ، وكأنه توهم أن مراد الرافعي : إلحاق المرض بالإغماء في بطلان شهادة فرعهما .

٦٢٣٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٢] : (**فإن شهد اثنان علىٰ أحد الشاهدين ثم شهدا على الآخر . . ففيه قولان ، أحدهما : يجوز ، والثاني : لا يجوز**) **الأصح** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٥٧٤] : (**وتكفي شهادة اثنين على الشاهدين**) .

٦٢٣١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٢] : (**ولا تجوز الشهادة على الشهادة إلا أن يتعذر شهود الأصل بالموت أو المرض أو الغيبة في مسافة تقصر فيها الصلاة**) فيه أمور :

أحدها : أن المرض والغيبة لا يتعذر معهما حضور شاهد الأصل ، فكان ينبغي أن يقول كـ« المنهاج » [ص ٥٧٤] : (**وشرط قبولها : تعذر أو تعسر الأصل**) ولم يذكر « الحاوي » تعذراً ولا تعسراً ، فسلم من ذلك .

ثانيها : أنه أطلق المرض ، وقيده « المنهاج » بأن يشق حضوره معه[5] ، وقيده في « أصل الروضة » بالمشقة الظاهرة[6] .

---

(١) الروضة (١١/ ٢٩٢) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٩/ ٤٣) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ١١٦) .
(٤) انظر « الروضة » (١١/ ٢٩٢) .
(٥) المنهاج (ص ٥٧٤) .
(٦) الروضة (١١/ ٢٩٤) .

ثالثها : أن ذلك لا يختص بالمرض ، بل يلحق به خوف الغريم ، وسائر ما يترك به الجمعة ، كما قال الإمام والغزالي[1] ، وتبعهما « الحاوي » فقال [ص ٦٧٢] : (**أو به عذر الجمعة**) ، لكن قال الرافعي والنووي : وليكن ذلك في الأعذار الخاصة دون ما يعم الأصل والفرع ؛ كالمرض والوحل[2] .

واعترضه في « المهمات » : أن ذلك لا يستحيل معه الحضور ، بل يمكن مع مشقة ، فقد يرضى الفرع بالحضور دون الأصل .

رابعها : **الأصح** : أنه لا يتوقف ذلك علىٰ مسافة القصر ، بل تكفي الغيبة فيما فوق العدوىٰ ، وعليه مشى « الحاوي »[3] ، وأما قول « المنهاج » [ص ٥٧٤] : (**أو غيبة لمسافة عدوىٰ**) فسبق قلم ؛ فإن مسافة العدوىٰ كالقريبة ، وعبارة « المحرر » و« الروضة » وأصلها : على الصواب[4] ، فسهى « المنهاج » في اختصاره ، وقد مشىٰ على الصواب فيما إذا دعي لأداء شهادة في بلد أخرىٰ ، وفي سماع الدعوىٰ علىٰ غائب ، وفي الإعداء علىٰ غائب ، فجعل فيها مسافة العدوىٰ كالقريبة .

٦٢٣٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٤] : (**وأن يسمي الأصول**) أي : يسمي كل فرع أصله ، والمراد : تسمية يحصل بها تعريفهم ؛ ولذلك عبر في « أصل الروضة » بقوله : يجب على الفروع تسمية الأصول وتعريفهم[5] ، وقوله بعد ذلك : (**ولو شهدوا علىٰ شهادة عدلين أو عدول ولم يسموهم . . لم يجز**)[6] قد يدعىٰ أنه تكرر ؛ لما سبق من اشتراط تسميتهم ، ولكن هٰذه فيها زيادة تعديل بغير تسمية ، فهي أخص مما تقدم ، والله أعلم .

٦٢٣٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٢] : (**وإن شهد شهود الفرع ثم حضر شهود الأصل قبل أن يحكم . . لم يحكم حتىٰ يسمع من شهود الأصل**) كذا لو شفوا من مرضهم ، وفي معناه : لو أبصروا بعد عماهم ، أو أفاقوا من جنونهم أو من إغمائهم إن سوغنا الشهادة على الشهادة معه ، وينبغي أنه إذا علم أنهم توجهوا من غيبتهم البعيدة بحيث كانوا وقت أداء الفروع الشهادة في مسافة العدوىٰ فما دونها . . أنه لابد من شهادة الأصول كما قاله البغوي في غيبة الولي ، والله أعلم .

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٩/ ٤٩) ، و« الوجيز » (٢/ ٢٥٤) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ١٢٠) ، و« الروضة » (١١/ ٢٩٤) .

(٣) الحاوي (ص ٦٧٢) .

(٤) المحرر (ص ٥٠٢) ، فتح العزيز (١٣/ ١٢٠) ، الروضة (١١/ ٢٩٥) .

(٥) الروضة (١١/ ٢٩٥) .

(٦) المنهاج (ص ٥٧٤) .

فَصْلٌ

[في الرجوع عن الشهادة]

٦٢٣٤- قولهما - والعبارة « للتنبيه » - : (**وإن شهدوا بحق ثم رجعوا عن الشهادة ؛ فإن كان قبل الحكم . . لم يحكم**)[(١)] قد يفهم اختصاص امتناع الحكم بحالة الرجوع ، وليس كذلك ، بل لو قالوا له : توقف . . وجب عليه التوقف ، فلو قالوا بعد ذلك : اقض فإنا علىٰ شهادتنا . . جاز القضاء من غير إعادة شهادة علىٰ **الأصح** فيهما ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٦٨١] : (**وإن قال : توقف ، ثم : اقض . . قضىٰ بلا إعادة**) وقال شيخنا الإمام البلقيني : عندي ينبغي أن يسأله **عن** سببه هل هو لشك طرأ أم لأمر ظهر له ؟ فإن قال : لشك طرأ . . قال بيّنه ، فإن ذكر ما لا أثر له عند الحاكم . . لم يمنعه من الحكم .

٦٢٣٥- قول « المنهاج » [ص ٥٧٤] : (**أو بعده وقبل استيفاء مال . . استوفىٰ**) كذا العقد كما صرح به « التنبيه » و« الحاوي »[(٢)] ، وكذا الفسوخ تستمر علىٰ إمضائها .

٦٢٣٦- قول « الحاوي » [ص ٦٨٢] : (**وإن قُتل . . قُتل إن قال : تعمدت**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٥٧٤] : (**وقالوا : تعمدنا**) لأن مقتضىٰ عبارة « المنهاج » أنه لابد أن يقول كل واحد : تعمدت وتعمد صاحبي ، وليس كذلك ، بل لو قال كل منهم : تعمدت ولم أعلم حال من شهد معي ، أو اقتصر علىٰ قوله : تعمدت . . لزمهما القصاص أيضاً ، كما حكاه في « أصل الروضة » عن البغوي وغيره ، ولو قال أحدهما : تعمدت أنا وصاحبي ، وقال الآخر : أخطأت أو أخطانا . . فلا قصاص على الثاني ، ويلزم الأول القصاص **على الأصح** ، ولو قال أحدهما : تعمدت وتعمد صاحبي ، وقال صاحبه : تعمدت وأخطأ هو . . وجب القصاص على الأول ، ولا يجب على الثاني **على الصحيح** ؛ لأنه لم يعترف إلا بشركة مخطىء ، ولو رجع أحدهما وأصر الآخر وقال الراجع : تعمدنا . . لزمه القصاص ، وإن اقتصر علىٰ قوله : تعمدت . . فلا ، كذا في « أصل الروضة »[(٣)] .

وتعقبه شيخنا في « تصحيح المنهاج » في هٰذه الأخيرة ؛ لأن إصرار صاحبه يقتضي أنه تعمد ، فهو قاصد لقتله بحق ، فكان كشريك القاتل قصاصاً أو القاطع حداً ، وذلك مقتضي لإيجاب القصاص على الذي قال : تعمدت . انتهىٰ .

ولا يرد ذلك أيضاً علىٰ قول « التنبيه » [ص ٢٧٣] : (**فإن تعمدوا . . لزمهم القصاص**) لأنه رتب

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٣) ، و« المنهاج » (ص ٥٧٤) .

(٢) التنبيه (ص ٢٧٣) ، الحاوي (ص ٦٨١) .

(٣) الروضة (١١/٢٩٩) .

لزوم القصاص علىٰ تعمد كل واحد لا علىٰ نسبته التعمد لنفسه ولصاحبه .

ويرد عليهما : أنهم لو قالوا : لم نعلم أنه يقتل بشهادتنا ، بل ظننا أنه يحبس ونحو ذلك ، وكانوا ممن يخفىٰ عليهم ذلك لقرب عهدهم بالإسلام . . فهو شبه عمد ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٦٨٢] : (**أو ما علمت يقتل بقولي**) ، ولا بد من تقييده بمن يخفىٰ عليه ، ويمكن أن يدرج في عبارته ما إذا قالوا : لم نعلم أنه يقتل بقولنا ؛ لأنا ظننا أنا نجرح بأسباب تقتضي الجرح ، وقد أدرجها الرافعي في عبارة « الوجيز » ثم قال : ويمكن أن يجعل هـٰذا خطأ[1] ، وأسقط ذلك في « الروضة » ، وذكره شيخنا الإمام البلقيني علىٰ حاشية « الروضة » بحثاً فقال : ينبغي إذا قالوا : لم نعلم أنه يقتل بشهادتنا ؛ لظهور أمور فينا تقتضي رد شهادتنا عليه ولكن الحاكم قصر في ذلك . . أن يكون شبه عمد أيضاً ، ولم أر من تعرض له .

٦٢٣٧ـ قول « المنهاج » في المسألة [ص ٥٧٤] : (**أو رجم زناً أو جلده ومات**) فيه أمران :

أحدهما : لو قال : (أو جلداً) . . لكان أخصر وأعم ؛ ليتناول جلد القذف والشرب .

ثانيهما : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لا يأتي في الجلد ما ذكر من الحكم بعد ذلك ؛ فإن جلد الحد لا يقتل غالباً ، فلا قصاص ، ولا يغلظ الدية تغليظ العمد المحض ، فإن خرج الجلد عن الحد حتىٰ صار يقتل غالباً . . فقد خرج عن المقصود ، قال : ولم يذكر ما إذا لم يمت من الجلد ، وحكمه أنهم يعزرون ، وإن حصل أثر يقتضي الحكومة . . وجبت ، ولم أر من تعرض له من الأصحاب ، وفي نص « المختصر » ما يقتضيه حيث قال : (وما لم يكن من ذلك فيه قصاص . . أغرموه وعزروا)[2] .

٦٢٣٨ـ قوله : (**وإن رجع هُوَ وَهُمْ** ـ أي : القاضي والشهود ـ . . **فعلى الجميع قصاص**)[3] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هـٰذا مخالف لما ذكره في الولي والشهود من أنهم إذا رجعوا . . اختص القصاص بالولي ؛ لأنه[4] مستقل كالولي ؛ فإنه يمكنه أن لا يحكم ولا يقال : هو ملجأ ؛ لأن رجوعه واعترافه بالتعمد يمنع من ذلك ، **فالأصح** : أنه يختص القصاص بالقاضي كما يختص بالولي ، وقوله : (**إن قالوا** : « **تعمدنا** »)[5] فيه ما سبق من أن اعتراف كل واحد بالتعمد كاف .

٦٢٣٩ـ قوله : (**ولو رجع مزكٍّ** . . **فالأصح** : **أنه يضمن**)[6] قد يفهم أنه لا قصاص عليه ؛

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٣/١٢٩) .
(٢) مختصر المزني (ص ٣١٢) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٧٤) .
(٤) في (ب) : (أي القاضي) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٥٧٤) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٥٧٤) .

لاقتصاره على الضمان مع ذكره القصاص فيما قبله وبعده ، وليس كذلك ، **فالأصح** : أن عليه القصاص عند وجود مقتضيه ، وقد صرح بذلك « الحاوي »[(١)] .

قال القفال : ومحل الخلاف إذا قال : علمت كذبه ، فإن قال : علمت فسقه .. فلا شيء عليه ؛ لأنه قد يصدق مع فسقه ، وطرده الإمام في الحالين[(٢)] .

٦٢٤٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٤] : (**أو ولي وحده .. فعليه قصاص أو دية**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محله في غير قطع الطريق ، فلا أثر فيه لرجوع الولي وحده ؛ لأن القتل لا يتوقف علىٰ طلبه ولا يسقط بعفوه .

٦٢٤١ـ قوله : (**أو مع الشهود .. فكذلك ، وقيل : هو وهم شركاء**)[(٣)] ما صححه من اختصاص الولي بالقصاص أو الدية فيما إذا رجع مع الشهود لم يصححه في « المحرر » ، وإنما قال : (رجح كلاً مرجحون)[(٤)] فترجيحه من زيادة « المنهاج » بلا تمييز ، ونقل الرافعي في « شرحيه » تصحيحه عن الإمام وتصحيح مقابله عن البغوي[(٥)] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال بعد ذكر الشهود [ص ٦٨٢] : (**والولي والمزكي وهم شركاء**) وذكر القاضي حسين والمتولي أنه المذهب ، وقال في « الروضة » : **الأصح** : ما صححه الإمام ، وقد سبق في أول الجنايات القطع به ، فهو **الأصح** نقلاً ودليلاً[(٦)] .

واعترضه شيخنا في « تصحيح المنهاج » : بأنه لم يسبق في أول الجنايات رجوع الولي والشهود ، وإنما سبق اعتراف الولي بعلمه بكذبهما ، وهاذا أخص منه ؛ فإن مجرد رجوع الولي لا يقتضي تكذيب الشهود ؛ فإن الولي قد يرجع لأمر قد ظهر له ، وذلك الأمر لا يقتضي تكذيب الشهود ، فإذا اعترف الولي بتكذيب الشهود فيما شهدوا له به وأقدم على القتل .. فقد صار هو المنفرد بالقتل ، ولا شركة بينه وبينهم هنا قطعاً ، وأما صورة الرجوع : فقد يقول : تعمدت ذلك ولا أعلم حال الشهود ، فهنا في ثبوت الشركة بينه وبينهم الوجهان المذكوران ؛ لأنهم يتعاونون على القتل ، وإقدام الولي على القتل المستند إلىٰ شهادتهم التي أقاموها بطلب الولي يقتضي أنهم محقون فيما شهدوا به ، وما مكنه القاضي من القتل إلا بشهادتهم ، ولم يعترف الولي بكذبهم حتىٰ ينقطع التعلق بهم ، فظهر بذلك الفرق بين الصورتين .

---

(١) الحاوي (ص ٦٨٢) .

(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٩/ ٥٩) .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٧٤) .

(٤) المحرر (ص ٥٠٣) .

(٥) فتح العزيز (١٣/ ١٢٥) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٩/ ٥٩) .

(٦) الروضة (١١/ ٢٩٨) .

والرافعي قد غاير بينهما في الجنايات ، فقال فيه : وإن رجع الشهود وقالوا : لم نعلم أنه يقتل بقولنا ، أو رجع المزكي أو القاضي إما مع الشهود أو دونهم ، أو الولي إما معهم أو وحده ، فكل ذلك سيأتي في الشهادات ، وإنما يجب القصاص على الشهود إذا أخرجت شهادتهم مباشرة القتل عن أن يكون عدواناً ، أما إذا اعترف الولي بكونه عالماً بكذبهم . . فلا قصاص عليهم ، قال في « الوسيط » : لأنهم لم يلجئوه حساً ولا شرعاً ، فصار قولهم شرطاً محضاً كالإمساك[1] .

قال شيخنا : فقد صرح الرافعي بأن صورة رجوع الولي مع الشهود تأتي في الشهادات ، ثم ذكر صورة اعتراف الولي بكونه عالماً بكذب الشهود ، وجزم فيها بأنه لا قصاص على الشهود .

٦٢٤٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٣] : (**فإن رجع شهود الطلاق بعد الحكم ؛ فإن كان بعد الدخول . . لزمهم مهر المثل للزوج ، وإن كان قبل الدخول . . ففيه قولان ، أحدهما : يلزمهم نصف مهر المثل ، والثاني : يلزمهم جميعه**) **الأظهر** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[2] ، وهنا أمور :

أحدها : أطلق « التنبيه » الطلاق ، وقيده « المنهاج » بالبائن ، وفي معناه : ما إذا كان رجعياً ولم يراجع كما صححه في « أصل الروضة »[3] ، وحكاه الرافعي عن « التهذيب »[4] ، والذي في « الكفاية » عن « التهذيب » والقاضي حسين : أنه يغرم في الحال ، فإن راجع . . رد ، وإلا . . استقر ، وبينهما تفاوت ، ومشى « الحاوي » على الأول فقال [ص ٦٨١] : (**لا في الرجعي إن راجع**) ، لكن قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هٰذا عندنا غير معتمد ، بل **الأصح المعتمد** : أنه إذا أمكن الزوج الرجعة فتركها باختياره . . لم يغرموا له شيئاً ، قال : ولو شهدوا بطلاق رجعي علىٰ رجعية . . فأولىٰ بأن لا يغرموا شيئاً .

ثانيها : أنه دخل في عبارتهم : ما لو شهدوا علىٰ رجعية بطلاق بائن ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو **الأرجح** عندي ؛ لأنهم قطعوا عليه ملك الرجعة الذي هو كملك البضع ، ولم أر من تعرض لذلك .

ثالثها : يستثنىٰ من وجوب مهر **المثل** صور :

أحدها : إذا لم يرجعوا إلا بعد موت الزوج . . لم يغرموا لورثته شيئاً كما قاله شيخنا في « تصحيح المنهاج » لأن الغرم للحيلولة بينه وبين بضعه ، ولا حيلولة هنا ، قال : وهٰذا فقه ظاهر ، ولم أر من تعرض له .

---

(١) الوسيط (٦/ ٢٦٢) ، فتح العزيز (١٠/ ١٢٩ ، ١٣٠) .
(٢) الحاوي (ص ٦٨١) ، المنهاج (ص ٥٧٤) .
(٣) الروضة (١١/ ٣٠١) .
(٤) فتح العزيز (١٣/ ١٣١) ، وانظر « التهذيب » (٨/ ٣٠١) .

الثانية : إذا لم يرجعوا إلا بعد أن أبانها بطريق من الطرق علىٰ زعمه في بقاء عصمته . . فلا غرم أيضاً علىٰ قياس ما تقدم ، بل أولىٰ ؛ لتقصيره بالبينونة باختياره .

الثالثة : إذا قال الزوج بعد الإنكار إما قبل رجوعهم أو بعده : أنهم محقون في شهادتهم . . فلا رجوع له .

الرابعة : إذا رجعوا عن شهادتهم عليه بالطلاق علىٰ عوض على المرأة أو أجنبي قدر مهر المثل أو أزيد . . فلا غرم علىٰ قياس ما في « أصل الروضة » عن ابن الحداد والبغوي فيما إذا اشهدوا أنه طلقها بألف ومهرها ألفان . . أن عليهما ألفاً وقد وصل إليه من المرأة ألف[1] ، لكن قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأرجح** : التغريم ، فلا تستثنىٰ هـٰذه الصورة لا في عدم الغرم ولا في غرم تكملة مهر المثل فيما إذا كان العوض المشهود به ألفاً وكان مهر مثلها ألفين .

الخامسة : إذا كان المشهود عليه قناً . . فلا غرم كما قاله شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، لا له ؛ لأنه لا يملك شيئاً ، ولا لمالكه ؛ لأنه لا تعلق له بزوجة عبده ، فلو كان مبعضاً . . غرم له الشهود بقسط الحرية ، قال : ولم أر من تعرض لشيء من ذلك ، قال : ولو كان الرجوع عن الشهادة علىٰ مجنون أو غائب . . **فالأرجح** : أن لوليه أو وكيله تغريمهم ، ويحتمل خلافه ؛ لأنه لم يوجد منه إنكار .

٦٢٤٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٤] : (**ولو شهدا بطلاق بائن أو رضاع أو لعان وفرق القاضي فرجعا . . دام الفراق**) فيه أمران :

أحدهما : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لا يكفي التفريق ، بل لابد من القضاء بالتحريم ، والتفريق يترتب علىٰ ذلك ؛ لأن القاضي قد يقضي بالتفريق من غير حكم بالتحريم كما في النكاح الفاسد .

ثانيهما : قوله : (**دام الفراق**) لا يستقيم في الطلاق البائن ، فلو عبر بالنفوذ كما في « الحاوي »[2] ، أو بقوله : (لم يرتفع الفراق) كما في « الروضة » وأصلها . . لكان أولىٰ[3] .

٦٢٤٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٥] : (**ولو شهدا بطلاق وفرق فرجعا فقامت بينة أنه كان بينهما رضاع . . فلا غرم**) كذا لو اعترف الزوج بذلك ، وفي معناه : ما لو قامت بينة بأنه كان طلقها قبل ذلك ثلاثاً ، وفهم من قوله : (**كان بينهما رضاع**) أن حدوث رضاع بعد الشهادة بالطلاق ؛ لكونها صغيرة ليس كذلك ، لكن قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : أنه لا غرم في هـٰذه الصورة أيضاً كما تقدم في رجوعهم بعد إبانتها .

---

(١) الروضة (١١/ ٣٠١) .

(٢) الحاوي (ص ٦٨١) .

(٣) فتح العزيز (١٣/ ١٢٩) ، الروضة (١١/ ٣٠٠) .

٦٢٤٥ـ قولهم ـ والعبارة لـ « المنهاج » ـ : (**ولو رجع شهود مال . . غرموا في الأظهر**)[١] عبر في « الروضة » بالمذهب[٢] ، ووقع في « المطلب » أنه عبر بالمذهب عن عدم التغريم ، وهو سهو على « الروضة » ، وفي « الكفاية » أن النووي صححه .

قال النشائي : ولم أره في شيء من كتبه[٣] ، وذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » أن التغريم قديم أو مخرج ، ويستثنىٰ من ذلك مسألتان :

إحداهما : إذا شهدوا بعوض المال الذي فوتوه بقدر قيمته ؛ كأن شهدوا بشفعة أو بيع والثمن مثل القيمة ، ثم رجعوا . . فلا غرم كما [حكاه][٤] شيخنا في « تصحيح المنهاج » عن الماوردي ، وقال : إنه فقه ظاهر معمول به .

الثانية : إذا ادعىٰ بالغ في يد إنسان أنه حر ، وأن هـٰذا استولىٰ عليه ظلماً ، وادعىٰ صاحب اليد أنه رقيقه ، وأقام عليه بينة ، فحكم الحاكم بها ، ثم رجعوا . . لم يغرموا للعبد شيئاً ، ذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » وقال : يشهد له أن المنقول فيما إذا ادعىٰ عبد أن مالكه أعتقه ، وأجنبي أنه باعه له ، فأقر بالبيع . . أنه لا يحلف للعبد قولاً واحداً ؛ لأنه لو اعترف له بما ادعاه . . لم يقبل ؛ لتعلق حق الأجنبي ، ولا يلزمه غرم ، قال : وغرم الشهود الراجعين في المال مخرج من غرم القائل : هـٰذا لزيد بل لعمرو ، وقد قطعوا في المخرج منه بعدم التغريم .

٦٢٤٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٣] : (**وإن شهد ستة** ـ أي : بالزنا ـ **فرجع اثنان . . فقد قيل : لا يلزمهما شيء ، وقيل : يلزمهما ثلث الدية**) **الأصح** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[٥] ، ونص عليه الشافعي في « مختصر البويطي » .

٦٢٤٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٥] : (**وإن نقص النصاب وزاد الشهود عليه . . فقسطٌ من النصاب ، وقيل : من العدد**) و« الحاوي » [ص ٦٨٢] : (**حصة ما نقص عن أقل الحجة**) ذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » أنه مخالف لنص الشافعي في « البويطي » علىٰ أنه إذا رجع من شهود الزنا ثلاثة من ستة . . فعليهم نصف الدية ، قال : فلو قال : كان على الراجع حصة بمقتضى التوزيع على الكل . . لكان موافقاً للنص محصلاً للمقصود .

٦٢٤٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٥] : (**وإن شهد هو وأربع بمال . . فقيل : كرضاع**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هـٰذا وجه لم يقل بظاهره أحد ؛ فإن قضية كونه كرضاع أنه لو رجع الرجل

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٣) ، و« الحاوي » (ص ٦٨١) ، و« المنهاج » (ص ٥٧٥) .
(٢) الروضة (١١/٣٠٢) .
(٣) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٩٩) .
(٤) في (ب) : (صححه) .
(٥) الحاوي (ص ٦٨٢) ، المنهاج (ص ٥٧٥) .

وحده . . لا غرم ، وليس كذلك هنا ؛ لأن المال لا يثبت بالنسوة المنفردات .

قلت : إنما أراد تشبيهه بالرضاع في حالة رجوع الكل ، فيكون عليه ثلث وعليهن ثلثان ؛ ويدل لذلك قوله : (**والأصح هو نصف وهن نصف**)[1] فدل على الرجوع من الكل ؛ فإنه لا غرم علىٰ من لم يرجع ، لكن يشكل علىٰ ذلك قوله : (**سواء رجعن معه أو وحدهن**)[2] فإنه يقتضي تناول كلامه المتقدم رجوع البعض .

٦٢٤٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٣] : (**وإن شهد أربعة بالزنا واثنان بالإحصان ثم رجعوا . . فقد قيل : لا يلزم شهود الإحصان شيء ، وقيل : يلزمهم**) الأول **أصح** ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[3] ، لكن في « المهمات » : أن المعروف الغرم ؛ فقد صححه الماوردي وأبو نصر البندنيجي في « المعتمد » والجرجاني في « الشافي » .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه **الأرجح** ؛ لأن المزكين داخلون في الضمان على **الأصح** ، **وقياسه** : غرم شهود الإحصان ، والبغوي **صحح** فيهما : عدم الضمان ، وليس بمعتمد في المزكي ، فكذا في شهود الإحصان ، وعبارة « التنبيه » و« المنهاج » تقتضي أن الخلاف في ذلك وجهان ، وكذا رجحه في « الشرح الصغير » و« أصل الروضة »[4] ، وكذا حكاه جماعة ، وحكاه الفوراني والإمام والغزالي قولين[5] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : والظاهر أن ناقل القولين معه زيادة علم بنسبته ذلك للشافعي رضي الله عنه .

* * *

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٧٥) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٧٥) .

(٣) الحاوي (ص ٦٨٢) ، المنهاج (ص ٥٧٥) .

(٤) الروضة (١١/٣٠٦) .

(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٩/٦١) ، و« الوجيز » (٢/٢٥٥) .

كتاب الدعوىٰ والبيّنات

٦٢٥٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٦] : (**تشترط الدعوىٰ عند قاض في عقوبة**) و« الحاوي » : (**وأخذ ماله ، لا عقوبة**) ، وعليه يدل وضع « التنبيه » المسألة في المال[١] .

يرد عليه أن الماوردي قال في (باب صول الفحل) : أن من وجب له علىٰ شخص تعزير أو حد قذف وكان في بادية بعيداً عن السلطان . . له استيفاؤه[٢] ، وقال الشيخ عز الدين بن عبد السلام في أواخر « قواعده » : لو انفرد بحيث لا يُرىٰ . . ينبغي أن لا يمنع من القصاص ، ولا سيما إذا عجز عن إثباته[٣] ، وقول « المنهاج » : (**عند قاض**) مثال ؛ فالحكم كذلك ، وفهم من تعبيره بالاشتراط أنه لو استوفاه بدون ذلك . . لم يقع الموقع ، وهو كذلك في حد القذف كما تقدم في بابه ، لكن يقع في القصاص الموقع ، فتعبير « الحاوي » بأنه ليس له ذلك أحسن ، فتحمل عبارة « المنهاج » علىٰ أن هـٰذا شرط للجواز لا للصحة ، ويستثنىٰ من كلامهم أمران :

أحدهما : ما إذا قتل من لا وارث له أو قذف . . فلا يشترط فيه الدعوىٰ عند قاض ؛ لأن الحق للمسلمين ، فيقبل فيه شهادة الحسبة ، ولا يحتاج لدعوى الحسبة ، بل في سماعها خلاف .

ثانيهما : قتل قاطع الطريق الذي لم يثبت قبل القدرة عليه لا يشترط فيه دعوىٰ ؛ لأنه لا يتوقف علىٰ طلب ، ومفهوم « المنهاج » و« الحاوي » مجيء الظفر في غير العقوبة ، وليس كذلك ؛ فإن النكاح والطلاق والرجعة والإيلاء واللعان وفسخ النكاح بالعنة أو الإعسار لابد فيها عند التنازع والاحتياج إلى الإثبات والحكم فيها من الدعوىٰ عند قاض أو محكم ، وما خرج المال عن هـٰذا إلا لأن المستحق قد يستقل بالوصول إلىٰ حقه ، فلا يحتاج لدعوىٰ ، ولا يرد ذلك على « التنبيه » لوضعه المسألة في المال كما تقدم ، والله أعلم .

٦٢٥١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٦] : (**وإن استحق عيناً . . فله أخذها إن لم يخف فتنة**) و« الحاوي » [ص ٦٦٣] : (**وأخذ ماله حيث لا فتنة**) اعترضه شيخنا في « تصحيح المنهاج » وقال : لا يحرم على الإنسان أخذ عينه ممن هي في يده ، وإن خاف فتنة لا ينتهي الحال فيها إلى ارتكاب مفسدة مقتضية للتحريم .

٦٢٥٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦٥] : (**ومن وجب له حق علىٰ رجل وهو مقر . . لم يأخذ من ماله**

---

(١) التنبيه (ص ٢٦١) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٣/ ٤٥٤) .
(٣) قواعد الأحكام في إصلاح الأنام (٢/ ٣٢٧) .

بغير إذنه) لا بد مع إقراره من كونه غير مماطل ؛ ولهذا قال « المنهاج » [ص ٥٧٦] : (**علىٰ غير ممتنع من الأداء**) و« الحاوي » [ص ٦٦٤] : (**لا مقر مُؤدٍ**) كذا ألحق الرافعي والنووي المماطل بالمنكر(١) ، لكن ذكر الإمام والغزالي أنه لا يجري فيه الخلاف ، بل يقطع بأنه لا يأخذ(٢) ، وهو مقتضىٰ كلام القاضي أبي الطيب .

وقال في « التوشيح » : يظهر أنه إن كان ظالماً متجوهاً بحيث لا يخلص الحق منه ولو رفع إلىٰ ولي الأمر . . فيؤخذ منه قطعاً .

٦٢٥٣ـ قولهم ـ والعبارة لـ « المنهاج » ـ : (**أو علىٰ مُنْكِرٍ ولا بينة . . أخذ جنس حقه من ماله ، وكذا غير جنسه إن فقده على المذهب**)(٣) استثنىٰ منه شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ما إذا كان المديون محجوراً عليه بفلس أو ميتاً وعليه دين . . فلا يأخذ إلا قدر حصته بالمضاربة إن علمها ، قال : ولم أر من تعرض لذلك ، وفي معنى المنكر : غير مقبول الإقرار كالسفيه ونحوه ، قاله شيخنا في « تصحيح المنهاج » .

لكن في « الذخائر » عن الغزالي : أنه لا خلاف في أن من له حق علىٰ صغير . . ليس له أن يأخذ من ماله إن ظفر بجنس حقه ، ونبه شيخنا المذكور أيضاً علىٰ أن محل الجزم بأخذ الجنس ما إذا كان مثلياً ، فإن كان متقوماً . . فهو كغير الجنس حتىٰ يجيء فيه الخلاف ، ونص « المختصر » يدل لذلك ؛ حيث قال : (فله أن يأخذ من ماله حيث وجده بوزنه أو كيله ، فإن لم يكن له مثل . . كانت قيمته دنانير أو دراهم ، فإن لم يجد له . . باع عرضه واستوفىٰ من ثمنه حقه)(٤) .

واعلم : أن الأصحاب قسموا المال المدعىٰ به إلىٰ عين ودين ، وبقي قسم ثالث ، وهو : المنفعة ، ولم أر أحداً تعرض لذكرها ، والذي يظهر أنها كالعين ، إن وردت على العين . . فله استيفاؤها من تلك العين بيده إن لم يخف فتنة ، وكالدين إن وردت على الذمة ، فلو قدر علىٰ تحصيلها بأخذ شيء من أمواله . . فله ذلك بشرطه .

٦٢٥٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦٥] : (**وإن كان منكراً وله بينة . . فقد قيل : له أن يأخذ ، وقيل : لا يأخذ**) **الأصح** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »(٥) .

٦٢٥٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٦] : (**وإذا جاز الأخذ . . فله كسر باب ، ونقب جدار لا يصل إلى المال إلا به**) يحمل عليه قول « الحاوي » [ص ٦٦٣] : (**ضامناً ، لا لنقب**) أي : لا يصل إلى

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ١٤٧) ، و« الروضة » (١٢/ ٣) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٩/ ١٩٠) ، و« الوجيز » (٢/ ٢٥٧) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٦٥) ، و« الحاوي » (ص ٦٦٣) ، و« المنهاج » (ص ٥٧٦) .
(٤) مختصر المزني (ص ٣١٨) .
(٥) الحاوي (ص ٦٦٤) ، المنهاج (ص ٥٧٦) .

المال إلا به ، ودخل في كلامهما حالتا البينة وعدمها ، وهو غير واضح في الأولىٰ ، فكيف يتجه كسر الباب ونقب الجدار مع القدرة علىٰ تحصيله بالرفع إلى القاضي وإقامة البينة ، وإنما يجوز مثل ذلك إذا تعين طريقاً لتحصيل الحق ؛ ويؤيده قول الرافعي في توجيه عدم الضمان : كمن لم يقدر علىٰ دفع الصائل إلا بإتلاف ماله فأتلفه . . لا يضمن[1] .

وقد وجدت هـٰذه المسألة إنما هي منقولة عن القاضي حسين ، ولم يقيدها بما إذا لم يمكن تحصيل الحق منه برفعه إلى القاضي ؛ لأن الخراسانيين كما حكاه عنهم في « الذخائر » وغيره يمنعون الأخذ فيما إذا أمكن تحصيل الحق بالقاضي ، وقال الغزالي : إنه محل وفاق ، فلم يحتج للتقييد بعدم إمكان تحصيل الحق بالقاضي ؛ لمنعه الأخذ في غير هـٰذه الصورة ، والرافعي خالفهم وصحح جواز الأخذ وإن أمكن التخلص بالقاضي ، فكان حقه أن يقيد هـٰذه الصورة ولا يتبع من أطلقها ؛ ويؤيد ما ذكرته أن صاحب « الذخائر » لما تكلم علىٰ ما إذا لم يمكن تحصيل الحق بالقاضي . . نقل هـٰذا الفرع عن القاضي حسين ، ثم قال بعده : فأما إن كان يقدر علىٰ أخذه منه بالحاكم ؛ مثل أن يكون له عليه بينة أو يقر به إلا أنه مماطل . . ففيه وجهان :

أحدهما ـ وهو الذي اختاره الخراسانيون ولم يحكوا سواه ، وادعى الغزالي أنه محل وفاق ـ : ليس له أخذه ، وساق الكلام علىٰ ذلك ، فجاء الرافعي ـ مع تصحيحه جواز الأخذ مع الإمكان بالحاكم ـ أطلق هـٰذه المسألة إطلاقاً ، ولم يقيدها ، وليته إذ أطلقها عزاها لقائلها ، وهو القاضي حسين ؛ لأنه يعرف بذلك تصويرها بما إذا لم يمكن[2] التحصيل بالقاضي ؛ لأن القاضي حسين لا يجيز الأخذ في غير هـٰذه الصورة كما هو قول الخراسانيين ، وهـٰذا موضع نفيس لم أر من تعرض له .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لنا فيه كلامان :

أحدهما : أنه إن سلم . . فهو مقيد بأن يكون الباب أو الجدار للمديون ، وغير مرهون ، وألاَّ يكون محجوراً عليه بفلس ؛ لتعلق حق الغرماء به .

ثانيهما : أن أصل الظفر القياس علىٰ قضية هند وبنيها[3] ، وبين الديون فرق ، وهو تكرر نفقة الزوجة والأولاد كل يوم ، فيشق الرفع إلى القاضي ، ولو سلم . . فمن أين في المقيس عليه كسر باب ونقب جدار ؟ ولم أجد للشافعي نصاً بذلك ، ولم يذكره أكثر الأصحاب ، وإنما ذكره القاضي حسين ، وجرىٰ عليه أتباعه ، والدليل يخالفه ، ثم لو فرعنا عليه . . فينبغي أن يجيء فيه الخلاف في

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٣/١٤٨) .
(٢) في (ج) : (يكن) ، وقد سقطت من (ب) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله أعلم .
(٣) في (ج) : (وبنتها) .

أخذ غير الجنس ، بل أولىٰ ؛ لأن أخذ غير الجنس لا ضياع فيه ، ومع هـٰذا امتنع علىٰ رأي ، فلأن يمتنع الكسر والنقب وفيه إتلاف لغير الجنس . . أولىٰ ، ثم يترتب عليه دخول السراق ونحوهم ، وقد يكون الباب أكثر ثمناً من الدين ، وهـٰذا ضررٌ لا يصار إليه .

٦٢٥٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٦] ـ والعبارة له و« الحاوي » [ص ٦٦٤] : (**ثم المأخوذ من جنسه يتملكه**) يقتضي أنه لا يملكه بمجرد الأخذ ، وكذا يدل عليه كلام الغزالي والرافعي والنووي[١] ، وقال البغوي : إذا أخذ جنس حقه . . ملكه ، وقال الماوردىٰ : يصير علىٰ ملكه[٢] ، وقال الإمام : إن قصد أخذه عن حقه . . ملكه[٣] ، ومال إليه شيخنا في « تصحيح المنهاج » لأنه بأخذ الجنس عن الحق صار مستوفياً . . فملك ، واعتمده في « المهمات » ، ووجهه بأنه إنما يجوز لمن يقصد أخذ حقه ؛ ولهـٰذا قال في « البحر » وغيره : لو أخذه ليكون رهناً عنده بحقه . . لم يجز ، وكان ضامناً بلا خلاف .

٦٢٥٧ـ قولهم ـ والعبارة لـ «التنبيه» ـ : **(وإن كان من غير جنس حقه . . باعه بنفسه)**[٤] فيه أمور :

أحدها : أن محله إذا كان القاضي جاهلاً بالحال ، فإن كان عالماً . . **فالمذهب** : أنه لا يبيعه إلا بإذنه ، هـٰذه عبارة « أصل الروضة »[٥] ، وعبارة الرافعي فالظاهر من المذهب[٦] .

وفي « المهمات » : أنه من تتمة كلام البغوي ، فيحتمل أن يكون استدراكاً علىٰ ما تقدم ، ويحمل الإطلاق عليه ، وأن يكون وجهاً مرجوحاً ، والثاني هو المراد كما دل عليه كلام « المحرر » و« الشرح الصغير » فإنه لم يذكر فيهما هـٰذه المقالة ، وحذفها حذف الوجوه المرجوحة ، ومشىٰ في « الروضة » على الاحتمال الأول بلا دليل ، وعبر بالمذهب ذهولاً عن اصطلاحه في التعبير به عن الطريقين .

قلت : وفي « تتمة التتمة » نقل ما حكاه البغوي عن الأصحاب ، فقال أصحابنا : قالوا : إن علم الحاكم أن له عليه ديناً . . فلا يبيعه بنفسه ، ولكن يرفعه إلى الحاكم ، وإن لم يكن الحاكم عالماً به فعلىٰ وجهين . . وعندي أن الأمر على العكس ، فإن كان الحاكم غير عالم به . . فله أن يبيع بنفسه ، وإن كان عالماً ؛ فلو تولى البيع بنفسه . . فعلىٰ وجهين ، وهـٰذا لأن الحاكم ربما لا يصدقه فيضيع حقه . انتهىٰ .

---

(١) انظر « الوجيز » (٢/ ٢٥٧) ، و« فتح العزيز » (١٣/ ١٤٨) ، و« الروضة » (١٢/ ٤) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٧/ ٤١٤ ، ٤١٥) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٩/ ١٩٠) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٦٥) ، و« الحاوي » (ص ٦٦٣) ، و« المنهاج » (ص ٥٧٦) .
(٥) الروضة (١٢/ ٤) .
(٦) فتح العزيز (١٣/ ١٤٩) .

وظهر بذلك أن مقالة البغوي ليست وجهاً مرجوحاً ، بل محكية عن الأصحاب ، والله أعلم .

وارتضىٰ شيخنا في « تصحيح المنهاج » كلام البغوي ، ثم قال : ولعله فيما إذا لم تحصل مؤنة ومشقة زائدة على العادة ، فإن كان . . لم يبعد أن يستقل بالبيع كما يسلط على الظفر من الجنس وغيره .

ثانيها : قيده في « أصل الروضة » أيضاً بأن لا يكون للأخذ بينة ، ولم يذكر حكم المحترز عنه ، وقال في « المهمات » : **الصحيح** : جواز الأخذ من مال المنكر وإن كان عليه بينة بلا رفع إلى الحاكم ؛ لما فيه من المشقة والمؤنة وتضييع الزمان ، وهٰذا المعنىٰ قد يوجد في البيع أيضاً .

قلت : الظاهر عدم استقلاله بالبيع مع وجود البينة ، بل هو أولىٰ بما إذا كان القاضي عالماً ؛ فإن الحكم بالعلم مختلف فيه ، بخلاف البينة لا محيص له عن الحكم بها ، فإن قلت : فما فائدة عدم وجوب المرافعة إذا قلتم لا يستقل بالبيع ؟ قلت : فائدته فيما إذا ظفر بالجنس .

ثالثها : قد يفهم من قوله : (**بنفسه**) أنه لا يوكل فيه ، لكن في زيادة « الروضة » في آخر تعليق الطلاق جواز التوكيل فيه[1] ، قال في « التوشيح » : وينبغي أن لا يتوكل له إلا من يعتقد أنه محق في البيع .

رابعها : إطلاق الأخذ من غير الجنس محله إذا لم يجد أحد النقدين ، فإن وجده . . تعين ، ولم يعدل إلىٰ غيره ، حكاه في « المطلب » عن المتولي ، وارتضاه .

خامسها : قد يفهم كلامهم بيعه [بجنس][2] حقه ، وحكاه الإمام عن طائفة من محققي أصحابنا[3] ، **والمشهور** : أنه لا يبيعه إلا بنقد البلد ، ويوافقه كلام الرافعي في التفليس[4] ، لكن يخالفه قوله في بيع عدل الرهن : ولو رأى الحاكم أن يبيعه بجنس حق المرتهن . . جاز[5] ، وكذا في أول الباب الثاني من الوكالة[6] ، وقد يقال : إنما تعين على الظافر البيع بنقد البلد ؛ للتهمة ، وفي مسألة الفلس ؛ لتعدد الغرماء ، بخلاف الحاكم في مسألة الرهن ؛ لبعده عن التهمة وعدم المزاحمة ، ومقتضىٰ هٰذا : أنه لو لم يكن في الفلس إلا غريم واحد . . فللحاكم البيع بجنس حقه .

٦٢٥٨ـ قولهما ـ والعبارة « للمنهاج » ـ : (**والمأخوذ مضمون عليه في الأصح**)[7] محله في غير

---

(١) الروضة (٨/٢٠٥) .

(٢) في (د) : (بغير جنس) .

(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٩/١٩١) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٥/١٩) .

(٥) انظر « فتح العزيز » (٤/٥٠٣) .

(٦) انظر « فتح العزيز » (٥/٢٢٥) .

(٧) انظر « التنبيه » (ص ٢٦٥) ، و« المنهاج » (ص ٥٧٦) .

الجنس ، أما المأخوذ من الجنس . . فإنه يضمنه قطعاً ضمان يد ؛ لحصول ملكه له بالأخذ عن حقه كما سبق ، قاله شيخنا في « تصحيح المنهاج » .

قال في « المهمات » : ومحل الخلاف إذا تلف قبل التمكن من البيع ، فإن تمكن منه فلم يفعل . . ضمن بلا خلاف ، قاله الماوردي والروياني[1] ، وسبقه إلىٰ ذلك في « الكفاية » .

قلت : وإنما رأيت في كلامهما الضمان وجهاً واحداً إذا استبقاها رهناً ؛ وعللاه بأن الرهن عقد لا يتم إلا عن مرضاة ببدل وقبول ، وكلام الرافعي يدل علىٰ أن الضمان مع التقصير إنما هو مفرع علىٰ وجه التضمين ، وليس هو على الوجهين معاً ؛ فإنه قال تفريعاً علىٰ وجه الضمان : ينبغي أن يبادر إلى البيع بحسب الإمكان ، فإن قصر فنقصت قيمته . . ضمن النقصان[2] ، فهـٰذا كلام الرافعي في ضمان نقص القيمة ، والتلف في معناه .

٦٢٥٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٦] : (**وله أخذ مال غريم غريمه**) استشكله شيخنا في « تصحيح المنهاج » بأن تسليطه علىٰ مال غريم غريمه من غير أن يوجد منه ما يقتضي أن للغريم أن يأخذ من ماله بطريق الظفر محذور وخرق لا يصار إليه ، ويلزم منه محذور آخر ، وهو أن الظافر يأخذ من مال غريم الغريم والغريم لا يدري ، فيأخذ من غريمه ، فيؤدي إلى الأخذ مرتين ، وفي « المطلب » عن « التتمة » وجهان في جوازه مبنيان على القولين في أن الوارث إذا ادعىٰ ديناً للميت ولم يحلف . . فهل يحلف غريم الميت ؟ قولان ، فإن قلنا : يحلف . . فله الأخذ هنا ، وإلا . . فلا .

قال في « المطلب » : وهـٰذا يقتضي **أن الجديد** المنع ؛ لأن **الجديد** : أن غريم الميت لا يحلف إذا نكل الوارث .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لا يستقيم بناؤه عليه ، **والمذهب المعتمد** : عدم الجواز .

قلت : ورأيت المسألة في « تتمة التتمة » ، وذكر لها شرطين :

أحدهما : أن لا يظفر بمال الغريم .

والثاني : أن يكون غريم الغريم جاحداً ممتنعاً أيضاً ، وبهـٰذا الشرط الثاني ينتفي المحذور الذي ذكره شيخنا أولاً ، وكلام الرافعي ينافيه ؛ فإنه قال : ولا يمنع من ذلك إقرار بكر له[3] ، أي : إقرار غريم الغريم للغريم ، وإنما يلزم الإشكال المذكور علىٰ ما قاله الرافعي ، والله اعلم .

وقد يتوهم من جواز الأخذ بالظفر من مال غريم غريمه جواز الدعوىٰ بذلك ، وليس كذلك كما

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٧/ ٤١٥) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ١٥٠) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ١٥٢) .

ذكره الرافعي في التفليس ، وحكاه هنا عن القاضي حسين .

٦٢٦٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٦] : (**والأظهر : أن المدعي : من يخالف قوله الظاهر ، والمدعىٰ عليه : من يوافقه ، فإذا أسلم زوجان قبل وطء فقال : « أسلمنا معاً » . . فالنكاح باق ، وقالت : « مرتباً » . . فهو مدعٍ**) و« الحاوي » في تفسير المدعي [ص ٦٦٣] : (**ذاكر خفي كأسلمنا معاً**) فيه أمور :

أحدها : أنه يقتضي أنهما منصوصان ، لكن قال الرافعي : **المعتمد المشهور** : أنهما مستنبطان من اختلاف قولي الشافعي في مسألة إسلام الزوجين ، وقد يبنى الخلاف في الفرع على الخلاف في الأصل المبني عليه[١] .

ثانيها : ما دل عليه كلامه هنا من أن القول قول الزوجة خالفه في كتاب النكاح ، فرجح أن القول قول الزوج ، وقال : إنه أظهر القولين .

ثالثها : قال في « المهمات » : فيما ذكره من فائدة الخلاف نظر ؛ فإنه إذا ادعىٰ عليها استحقاق دوام التمكين بحكم دعواه . . فإنها لا تخلىٰ وسكوتها ، وكأن الكلام مفروض فيما إذا ادعت عليه رفع يده عنها بحكم التعاقب في الإسلام ، ويتعين ذلك ؛ ليكون في كل جانب أحد المعنيين ، وإلا ؛ فلو كان الزوج مدعياً . . لكان يجتمع في حقه الوصفان ؛ كونه يدعىٰ أمراً خفياً ، ويخلىٰ وسكوته ، لكن مجيء القولين ممكن في الطرفين بمعارضة الأصل والظاهر كيف ما فرض ، سواء ابتدأ الزوج أم لا ، وحينئذ . . لا دلالة في ذكر القولين على الاستنباط المذكور ؛ لأن مأخذ الخلاف حاصل في الطرفين ، بل ظاهر كلامهم أن التصوير فيما إذا ابتدأ الزوج بالدعوىٰ ، فكان ينبغي أن لا يجيء خلاف والحالة هـٰذه ؛ لوجود المعنيين فيه . انتهىٰ .

رابعها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محل القولين علىٰ ما ظهر من نص الشافعي في « الأم » فيما إذا جاءانا مسلمين ، فقال الزوج : أسلمنا معاً . . إلىٰ آخره[٢] ، فأما إذا جاءتنا الزوجة مسلمة ثم جاء الزوج وادعىٰ أنهما أسلما معاً . . فإن القول قول الزوجة قطعاً .

٦٢٦١ـ قول « الحاوي » [ص ٦٦٤] : (**وجنس الثمن ، والنوع ، والقدر**) أي : إن كانت الدعوىٰ في الأثمان . . فلا بد من ذكر هـٰذه الأمور ، وتبع في ذلك الرافعي[٣] ، فإن أراد بذلك ما هو ثمن حقيقة . . لم يختص الحكم به ، فالقرض والمسلم فيه والأجرة والجعالة والصداق وبدل الخلع ونجوم الكتابة والجزية وغير ذلك من الديون كذلك ، وإن أراد ما صلح أن يكون ثمناً . . فلا يصح

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ١٥٤) .

(٢) الأم (٥/ ٤٧) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ١٥٦) .

جعل ذلك في مقابلة العين ؛ لأن العين تصلح للثمنية كالدين ، وعبر « المنهاج » عن ذلك بالنقد فقال [ص ٥٧٦] : (**ومتى ادعىٰ نقداً . اشترط بيان جنس ونوع وقدر وصحة وتكسر إن اختلفت بهما قيمة**) وهو أقرب من التعبير بالثمن ، لكن لا يختص ذلك بالنقد ؛ فسائر الديون من الحبوب والقماش والحيوان وغيرها كذلك ؛ ولهٰذا عبر « التنبيه » بالدين فقال [ص ٢٦١] : (**وإن كان المدعىٰ ديناً . . ذكر الجنس والصفة والقدر**) وكذلك عبر الماوردي والبغوي وصاحب « الذخائر » وغيرهم[١] ، وهي أحسن العبارات ، وأظن من عبر بالثمن أو النقد إنما حوّم علىٰ ذلك فقصّر في التعبير عنه ، وهنا أمور :

أحدها : اتفقوا علىٰ أنه لابد من ذكر الجنس ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لا معنىٰ لذكره ، وذكر النوع كاف في ذلك إذا عرف منه الجنس ؛ مثل أن يقول : أستحق عليه صاعاً برنياً من نخل المدينة مثلاً .

قلت : الظاهر عدم الاكتفاء بذلك ؛ فإن ذلك صادق بالرطب والبلح ، ولا ينحصر في الثمن .

ثانيها : ذكر « المنهاج » و« الحاوي » النوع ولم يذكرا الصفة ، وعكس ذلك « التنبيه » ، وفسر شارحه ابن يونس الصفة بأن يقول : قاساني أو سابوري ، قال في « الكفاية » : وهٰذا بيان نوع لا بيان صفة ، وقد نبه علىٰ ذلك الشيخ في باب الربا[٢] ، ولا يتوهم أن النوع والصفة شيء واحد ؛ لجمعه في « المهذب » بينهما[٣] .

قلت : وقد جمع بين ذكر النوع والصفة الماوردي والبغوي وصاحب « الذخائر » والرافعي في « الشرح الصغير »[٤] ، وقال في « الكفاية » : أي الصفة التي تختلف بها الأغراض ، وحكىٰ عن الماوردي أنه صرح فيما إذا كان سلماً . . بأنه لابد من ذكر شروط السلم[٥] .

ثالثها : يستثنىٰ من بيان القدر ما هو معروف القدر كالدينار الشرعي ؛ فلا يحتاج فيه إلىٰ بيان الوزن كما جزم به في « أصل الروضة » ، وفي معناه : الدرهم الشرعي ، وهل يكفي في الدرهم الفلوس إطلاقه كالدرهم الفضة ، أم لا بد من بيان مقداره كسائر المثليات ؛ لاختلافه باختلاف الأوقات والأمكنة ؟ فيه نظر ، والأقرب الثاني .

رابعها : تناول إطلاق « المنهاج » النقد المغشوش ، لكن في « أصل الروضة » عن الشيخ أبي حامد وغيره : أنه يدعي بمائة درهم من نقد بلد ، كذا قيمتها كذا ديناراً ، أو ديناراً من نقد كذا

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٧/ ٢٩٣) ، و« التهذيب » (٨/ ٣٢٠) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٩٢) .
(٣) المهذب (٢/ ٣١٠) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٧/ ٢٩٣) ، و« التهذيب » (٨/ ٣٢٠) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٧/ ٢٩٤) .

قيمته كذا درهماً ، ثم قالا : وكأنه جواب علىٰ أن المغشوش متقوم ، فإن جعلناه مثلياً . . فينبغي أن لا يشترط التعرض للقيمة . انتهىٰ[1] .

وعلىٰ هـٰذا الحمل فلا إيراد ، لكن قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هـٰذا البحث الذي ذكره عندنا ممنوع ؛ لأنا وإن قلنا : إن المغشوش مثلي . . فذاك فيما يظهر فيه المماثلة من الأعيان ، والمدعىٰ به إذا كان مغشوشاً . . لم تظهر مماثلته لغيره في الدعوىٰ ؛ فلابد من ذكر القيمة على الصورة التي ذكرها الشيخ أبو حامد وغيره ، أو يقول في الدعوىٰ : من مغشوش بلد كذا ، وقد ظهرت المماثلة فيه . انتهىٰ .

خامسها : لم يحتج « التنبيه » و« الحاوي » لذكر الصحة والتكسير كما فعل « المنهاج » لعدم الاحتياج لذلك في جميع الصور ، بل حيث اختلفت بهما قيمة .

سادسها : لا يكفي إطلاق النقد وإن غلب كما صرح به الماوردي والروياني ، والفرق بينه وبين البيع : أن زمن العقد يفيد صفة الثمن بالغالب من النقود ، ولا يتقيد ذلك بزمان الدعوىٰ ؛ لتقدمه عليها .

سابعها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه ينبغي أنه متى ادعىٰ نقداً ولم يعين فيه جهة يتعين فيها الحلول كالقرض . . فلابد من التعرض للحلول ؛ ويدل له ما حكاه في « أصل الروضة » عن الهروي : أنه يقول في دعوى الدين : وهو ممتنع من الأداء الواجب عليه ، قال : وإنما يتعرض لوجوب الأداء ؛ لأن الدين المؤجل لا يجب أداؤه في الحال[2] .

٦٢٦٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦١] : (**وإن كان عيناً يمكن تعيينها كالدار والعين الحاضرة . . عينها**) المراد بتعيين الدار : المبالغة في وصفها كما قاله الإمام .

٦٢٦٣ـ قوله : (**وإن لم يمكن تعيينها** ـ أي : لغيبتها ـ . . **ذكر صفاتها ، وإن ذكر القيمة . . فهو آكد**)[3] المراد هنا : صفات السلم كما صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[4] ، وعبارة « المحرر » : (أو عيناً أخرىٰ مما يضبط بالصفة كالحبوب والحيوان)[5] ، فأشار بقوله : (أخرىٰ) إلىٰ أن المراد : من غير النقود ، واقتصر « المنهاج » على التمثيل بالحيوان ، ولو ذكر الحبوب أيضاً . . لكان أولىٰ ؛ ليمثل للمثلي والمتقوم ، وعذر « المنهاج » أنه إذ لم يشترط القيمة في المتقوم . . فالمثلي أولىٰ ، فهو مفهوم من طريق الأولىٰ ، وتقدم في القضاء على الغائب عن الرافعي

---

(١) الروضة (١٢/٩) .
(٢) الروضة (١٢/١٠) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٦١) .
(٤) الحاوي (ص ٦٦٤) ، المنهاج (ص ٥٧٦) .
(٥) المحرر (ص ٥٠٦) .

و« الروضة » تصحيح اعتبار القيمة في المتقوم دون المثلي ، ففيه مخالفة لما هنا من أوجه :

أحدها : هـٰذا .

والثاني : أن القائل بالقيمة هناك لا يوجبها مع الصفات ، بل يكتفي بها عنها .

والثالث : أن الخلاف حكي هناك قولين وهنا وجهين .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ويدخل في كلام « المحرر » و« الروضة » الجواهر ، وهي إن كانت مما يجوز السلم فيها كاللآلىء الصغار . . فهي مثلية ، وإن كانت مما لا يجوز السلم فيها كاللآلىء الكبار . . فهي متقومة ، قال : ويستثنىٰ من كلامهم : الحيوان المستحق بوصية ؛ بأن قال : أعطوه بنت مخاض من إبلي ، فيدعي بها ولا يتعرض لوصفها ؛ لأن الموصي لم يتعرض لذلك .

قلت : سيأتي اغتفار الدعوىٰ بالمجهول في الوصية .

قال شيخنا أيضاً : وكذلك يستثنىٰ : ما أوجبه الشارع بسنٍ لا بصفة كالزكاة ، وفي معناها : النذر .

واعلم : أن « المنهاج » قيد العين بأن تنضبط ، وكذا قال في « أصل الروضة » : وهي مما تضبط بالصفة[1] ، ولم يذكرا حكم المحترز عنه .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ولا يمكن أن يقال فيها : إنها توصف بصفات السلم ؛ لامتناع ذلك ؛ وحينئذ . . فتوصف علىٰ وجه يحصل به التمييز في الدعوىٰ ؛ فإن الدعوىٰ لا يضيق الأمر فيها كما ضيق في السلم ؛ لاقتضاء السلم ثبوت المسلم فيه في الذمة ، بخلاف الدعوىٰ ؛ فإن المطلوب فيها التمييز .

قلت : وفي « الكفاية » فيما لا يمكن ضبطه بالصفات عن القاضي أبي الطيب والبندنيجي وابن الصباغ : أنه يشترط ذكر القيمة ؛ لأنه لا يصير معلوماً إلا بذلك ، وعن الماوردي : أن عليه ذكر الجنس والنوع، فإن كان مختلف الأنواع . . ذكر اللون ، ثم حرر الدعوىٰ ونفى الجهالة بذكر القيمة .

٦٢٦٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٦] : (**وقيل : يجب معها ذكر القيمة**) مقتضاه : أنه لا خلاف في وجوب ذكر صفات السلم ، وهل يجب ذكر القيمة معها ؟ وجهان ، ولم يتعرض في « المحرر » لقوله : (معها) ، وعبارته : (ولا حاجة إلىٰ ذكر القيمة على **الأصح**)[2] .

٦٢٦٥ـ قولهم ـ والعبارة لـ « المنهاج » ـ : (**فإن تلفت وهي متقومة . . وجب ذكر القيمة**)[3] قال

---

(١) الروضة (١٢/٨) .

(٢) المحرر (ص ٥٠٦) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٦١) ، و« الحاوي » (ص ٦٦٤) ، و« المنهاج » (ص ٥٧٦) .

شيخنا ابن النقيب : ظاهره أنه لا يحتاج مع القيمة إلىٰ ذكر شيء من الصفات ، ولم أر ما يخالفه ، لكن لابد من ذكر الجنس فيما يظهر ؛ فيقول : عبد قيمته مائة[1] .

وخالفه شيخنا في « تصحيح المنهاج » فقال : إن مقتضاه : ذكر الصفات المعتبرة في السلم ، ويذكر معها القيمة ، قال : وكذا تقتضيه عبارة « المحرر » و« الروضة » ، وهي أظهر في ذلك ؛ فإنه قال : وإن كانت تالفة . . كفى الضبط بالصفات إن كانت مثلية ، ولا يشترط ذكر القيمة ، وإن كانت متقومة . . شرط ذكر القيمة ؛ لأنها الواجب عند التلف[2] ، قال شيخنا : وهو غير مسلم ؛ فالواجب عند التلف القيمة ، وذكر صفات العين لا معنىٰ له .

قلت : لا نسلم أن عبارتهم تقتضي اعتبار صفات السلم في هـٰذه الحالة ، وليس في اللفظ ما يدل علىٰ ذلك ، والله أعلم .

قال شيخنا أيضاً : وهـٰذا إذا لم تكن العين مبيعة لم تقبض وتلفت في يد البائع . . فالواجب حينئذ الثمن على البائع إن كان قبضه ، وقد ذكره الماوردي قبل التلف ، فقال : وإن كانت مبيعة . . لزمه ذكر ثمنها ؛ لضمان ما لم يقبض من المبيع بالثمن دون القيمة[3] .

قلت : تلف المبيع قبل القبض يقتضي الانفساخ قبيل التلف وانتقال الثمن إلىٰ ملك المشتري ، فلا حق له في المبيع ، وليست هـٰذه من صور الدعوىٰ بالعين أصلاً ؛ فلا ينبغي استدراكها ، والله أعلم .

ومفهوم قوله : (**وهي متقومة**) أنها لو كانت مثلية . . لم يذكر القيمة ، بل يقتصر على الأوصاف ، وبه صرح « التنبيه » و« الحاوي » ، لكن تقدم عن الماوردي أنه يلزمه ذكر الثمن ، ووافقه شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، ولم يظهر لي وجهه .

واستثنىٰ شيخنا أيضاً من عدم ذكر القيمة في العين الباقية : ما إذا غصبها منه في بلد ثم لقيه في آخر ولنقلها مؤنة . . فإنه يذكر قيمتها ؛ لأنها المستحقة في هـٰذه الحالة .

٦٢٦٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦١] : (**لا تصح الدعوىٰ إلا من مطلق التصرف فيما يدعيه**) يستثنىٰ منه مسائل :

الأولىٰ : دعوى السفيه المال الثابت له بسبب الجناية .

الثانية : دعوى المفلس المال .

الثالثة : دعوى الحسبة .

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ٣٠٠) .

(٢) المحرر (ص ٥٠٦) الروضة (١٢/ ٨) .

(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١٧/ ٢٩٣) .

الرابعة : دعوى المرأة النكاح .

الخامسة : دعوى الرقيق العتق ، أو الاستيلاد ، أو تعليق العتق بالصفة ، أو التدبير .

السادسة : قال في « التوشيح » : كان الوالد رحمه الله يسمع دعوىٰ كل من مستحقي الوقف وإن لم يكن ناظراً ، وفي كلام القاضي حسين في « تعليقه » ما يوافقه .

٦٢٦٧ـ قوله : (**ولا تصح دعوىٰ مجهول إلا في الوصية**)[١] يرد علىٰ حصره مسائل :

أحدها : دعوى الإقرار بالمجهول **على الأصح** .

الثانية : دعوى الفرض للمفوضة ، ذكرهما « الحاوي » فقال [ص ٦٦٤] : (**لا في الفرض والوصية والإقرار**) وفي معنى الفرض : دعوى المتعة والرضخ والحكومة .

الثالثة : دعوى الطريق في ملك الغير أو حق إجراء الماء ، هل يشترط فيها إعلام قدرهما ؟ قال القاضي أبو سعد الهروي : **الأشهر** : أنه لا يشترط .

الرابعة : دعوى الإبراء عن المجهول صحيحة إذا صححناه .

الخامسة : الثواب في الهبة إذا قلنا : إنها تقتضيه ولم تقدره .

٦٢٦٨ـ قول « الحاوي » [ص ٦٦٥] : (**علىٰ مكلف معين**) يستثنىٰ منه : ما إذا كانت الدعوىٰ بالقتل وقد ظهر اللوث في حق جماعة ، فيدعي أن أحد هـٰؤلاء قتل مورثه . . فقد صرح الرافعي في أول مسقطات اللوث بأن له تحليفهم ، وهو فرع سماع الدعوىٰ ، فيحمل كلامه علىٰ ما إذا لم يكن لوث أو لم يظهر في حق الكل .

٦٢٦٩ـ قوله : (**ولزم التسليم ، أو أنه يمنعني منه ، أو مره بالخروج عن حقي ، أو سَلْهُ جواب دعواي**)[٢] مقتضاه : الاكتفاء بأحد هـٰذه الأربعة ، وليس كذلك ، والذي في « أصل الروضة » اشتراط كون الدعوىٰ ملزمة ، فلا تصح حتىٰ يقول : ويلزمه التسليم إليّ ، ثم قال : وكان هـٰذا إذا قصد بالدعوىٰ تحصيل المدعىٰ ، ويجوز أن يقصد دفع المنازعة ، فلا يشترط التعرض لوجوب التسليم ، قال ابن الصباغ : لو قال : هـٰذه الدار لي وهو يمنعها . . صحت الدعوىٰ ، ولا يشترط أن يقول : هي في يده ؛ لأنه يجوز أن ينازعه وإن لم تكن في يده ، ثم قال : وإذا ادعىٰ ولم يقل للقاضي : مره بالخروج عن حقي ، أو سله جواب دعواي . . فهل يطالبه القاضي ؟ وجهان ، قال ابن الصباغ : **الأصح** : نعم ، وقال القاضي أبو سعد : **الأصح** : لا ، زاد في « الروضة » : الأول أقوىٰ ، ثم قال : فعلى الثاني طلب الجواب شرط آخر في صحة الدعوىٰ ، وسواء شرطنا هـٰذا الاقتراح أم لم نشترطه ، فاقترحه ، فيمكن أن يقال : يغني ذلك عن قوله : ويلزمه التسليم إليّ ،

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٦١) .

(٢) انظر « الحاوي » (ص ٦٦٥ ، ٦٦٦) .

وأن من شرطه . . بناه على أنه لا يشترط الاقتراح المذكور . انتهى[1] .

وقد ظهر بذلك أن ذكر لزوم التسليم أو ما يقوم مقامه في حالة ، وذكر أنه يمنعه في حالة أخرى ، لا أنه يجمع بينهما .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ليس طلب الجواب شرطاً في صحة الدعوى ، وإنما هو شرط لطلب القاضي الجواب من المدعى عليه ، فلا يغني قوله : ويلزمه التسليم إليّ عن قوله : سله جواب دعواي .

قلت : لم يقل الرافعي : إن لزوم التسليم يغني عن طلب جواب الدعوى ، وإنما ذكر عكسه ، وهو أن الثاني يغني عن الأول ، والله أعلم .

واعلم : أن مقتضى كلامهم : أن الدعوى إنما تصح بما يضمن بمثل أو قيمة ، وليس كذلك ، بل تسمع الدعوى بالكلب الذي يقتنى والسرجين ونحوهما ؛ لطلب الرد لا للضمان ، قاله الماوردي[2] .

٦٢٧٠ـ قولهما ـ والعبارة لـ « التنبيه » ـ : (**وإن ادعى نكاح امرأة . . فالمذهب : أنه يذكر أنه تزوجها بولي مرشد وشاهدي عدل**)[3] ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وصف الولي بالرشد ليس صريحاً في العدالة ، فينبغي أن يقول : بولي عدل .

قلت : ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٦٦٤] : (**وتزويج بولي وشاهدي عدل**) فكان وصف العدالة مقدماً في الولي ، ويتعين على هـٰذا قراءة قوله : (**بولي**) بغير تنوين ، وهو على حد قولهم : قطع الله يد ورجل من قالها ، قال الرافعي : **وقياس هـٰذا** : وجوب التعرض لسائر الصفات المعتبرة في الولي[4] ، قال شيخنا أيضاً : وهـٰذا في غير من يلي النكاح مع ظهور فسقه من ذي الشوكة المتكلم في أمور الناس كما سبق في النكاح ، فإذا قال في دعواه : (بولي يصح عقده) . . كان ذلك كافياً .

ويختص « المنهاج » بأنه قال : (**لم يكف الإطلاق على الأصح**)[5] فاقتضى أن الخلاف وجهان ، وليس كذلك ؛ فإن الذي صححه نص عليه في « الأم » « والمختصر » ، وقال القاضي حسين : حُكِي عن القديم أنه لا يحتاج إلى التفصيل كالبيع ، ويرد عليهم جميعاً أمور :

أحدها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : يستثنى من ذلك : أنكحة الكفار ؛ فإنها

---

(١) الروضة (١٢/ ١٠ ، ١١) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٧/ ٢٩٦) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٦١) ، و« المنهاج » (ص ٥٧٦ ، ٥٧٧) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ١٦٤ ، ١٦٥) .
(٥) المنهاج (ص ٥٧٧) .

لا يحتاج في الدعوىٰ بها إلى التفصيل ، ويكفي أن يقول : هـٰذه زوجتي ، وإن ادعى استمرار نكاحها بعد الإسلام . . فيذكر ما يقتضي تقريره بعد الإسلام ، قال : وفي حديث ابن عباس الذي ذكرناه في اختلاف الزوجين في الإسلام ما يقتضي ذلك .

ثانيها : لا بد فيما إذا كان سفيهاً نكح بإذن وليه أو عبداً بإذن مالكه من قوله : نكحتها بإذن وليي أو مالكي ، ذكره شيخنا المذكور أيضاً .

ثالثها : قال شيخنا أيضاً : إنما يعتبر الولي العدل في الحرة ، ويقول في الأمة زَوَّجَنِيها مالكها الذي له إنكاحها ، أو من يلي أمر نكاحها ، أو ولي مالكها العدل بإذن مالكها له في ذلك ، أو مبعضة بولي ومالك .

٦٢٧١ـ قول « الحاوي » [ص ٦٦٥] : (**وعجز عن الطَّوْل وخاف العنت في نكاح الأمة**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٥٧٧] : (**فإن كانت أمة . . فالأصح : وجوب ذكر العجز عن طَوْلٍ وخوف عنتٍ**) لأن المراد : الطول المعهود المذكور في شروط نكاح الأمة ، ولفظ التنكير لا يدل علىٰ ذلك ، ولو قالا : (وإن كان فيها رق) ليشمل المبعضة . . لكان أعم ، ولا بد من التعرض لـ(أن الأمة مسلمة) إذا كان الزوج مسلماً سواء كان حراً أو عبداً .

٦٢٧٢ـ قول « الحاوي » [ص ٦٦٥] : (**ومنها بلا تعرض مهر ونفقة**) قد يفهم أنه لا يحتاج إلىٰ ذكر شروط النكاح ، والذي حكاه الماوردي عن الأكثرين أنه لابد من ذلك ، قال : وهو ظاهر مذهب الشافعي[(١)] ، وفي « أصل الروضة » : نقلوا في اشتراط تقييد النكاح والبيع المدعين بالصحة وجهين ، وبالاشتراط أجاب في « الوجيز » ، وقال في « الوسيط » : **الوجه القطع** باشتراطه في النكاح ، وأشار إلىٰ أن الوجهين مفرعان علىٰ أنه لا يشترط تفصيل الشرائط ، وإيراد الهروي يقتضي اطرادهما مع اشتراط التفصيل ؛ ليتضمن ذكر الصحة نفي المانع[(٢)] .

٦٢٧٣ـ قولهما ـ والعبارة لـ « المنهاج » ـ : (**أو عقداً مالياً كبيعٍ وهبة . . كفى الإطلاق في الأصح**)[(٣)] محل هـٰذا الخلاف : في غير بيوع الكفار ، فإذا تبايعوا بيوعاً فاسدة وتقابضوا إما بأنفسهم وإما بإلزام حاكمهم . . فإنا نمضيه **على الأظهر** كما هو مقرر في الجزية فلا يحتاج فيها إلىٰ ذكر الشروط .

٦٢٧٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٧] : (**ومن قامت عليه بينة . . ليس له تحليف المدعي**) يستثنىٰ منه صورتان :

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٧/ ٣١١) .

(٢) الروضة (١٢/ ١٥) ، وانظر « الوجيز » (٢/ ٢٥٨) ، و« الوسيط » (٧/ ٤٠٧) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٦١) ، و« المنهاج » (ص ٥٧٧) .

إحداهما : إذا قامت بينة بإعسار المديون . . فلصاحب الدين تحليفه **في الأصح** ؛ لجواز أن يكون له مال في الباطن .

الثانية : إذا أقام بينة بعين وقال الشهود : لا نعلمه باع ولا وهب . . فإن الشافعي قال : (أحلفه أنها ما خرجت من ملكه بوجه من الوجوه ، ثم أدفعها له)[١] .

٦٢٧٥ـ قوله : (**فإن ادعىٰ أداءً أو إبراءً أو شراء عينٍ أو هبتها وإقباضها . . حلَّفه علىٰ نفيه**)[٢] فيه أمران :

أحدهما : أن محله : إذا ادعىٰ حدوث ذلك بعد قيام البينة ومضىٰ زمن إمكان ذلك ، فإن لم يكن . . لم يلتفت إليه ، وان ادعىٰ وجوده قبل شهادة الشهود ؛ فإن لم يحكم القاضي بعد . . حلف المدعي علىٰ نفيه ، وإن حكم . . لم يحلفه **على الأصح** في « أصل الروضة »[٣] ، وحكاه الرافعي عن البغوي[٤] ، وصحح شيخنا في « تصحيح المنهاج » خلافه ، إلا أن يقر أنه لا مطعن له ولا دافع . . فيؤاخذ بإقراره ، ولو كان قبل حكم القاضي ، فإن ذكر تأويلاً من نسيان ونحوه . . فله التحليف ، وله نظائر في المرابحة وغيرها .

ثانيهما : يستثنىٰ منه : ما إذا حلف المدعي قبل ذلك إما مع شاهده أو يمين الاستظهار . . فلا يحلف بعد هـٰذه الدعوىٰ ، وفي « أصل الروضة » في القضاء على الغائب عن « العدة » : أنه لو ادعىٰ قضاء الدين وسأل إحلافه أنه لم يستوفه . . لم يحلف ؛ لأن القاضي الكاتب قد أحلفه ، قال : وذكر البغوي في مثله في دعوى الإبراء أنه يحلفه أنه لم يبرئه ، فحصل وجهان[٥] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **والأصح عندي بل الصواب** : ما قاله في « العدة » لأن البغوي يصحح في دعوى المدعىٰ عليه القضاء أو الإبراء بعد قضاء القاضي بالبينة للمدعي بغير حلف أنه لا يحلف المدعي ، فكيف يحلفه هنا ؟!

٦٢٧٦ـ قوله : (**وكذا لو ادعىٰ علمه بفسق شاهده أو كذبه في الأصح**)[٦] عبارة « الروضة » : يشبه أن يكون **الأصح** : أنه له التحليف ؛ ويؤيده ما سبق من قول الأصحاب : إن دعوى الإقرار بالمجهول صحيحة ، وإن جواب الأكثرين في مسألة القذف التحليف ، وإن كان المقذوف ميتاً وأراد القاذف تحليف الوارث أنه لا يعلم زنا مورثه . . حلف ، وهـٰذه الصورة محكية عن النص ، لكن ذكر

---

(١) انظر « الأم » (٦/ ١٧٧ ، ١٧٨) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٧٧) .
(٣) الروضة (١٢/ ١٢) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ١٦٠) .
(٥) الروضة (١١/ ١٨٧) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٥٧٧) .

البغوي أن **الأصح** : أنه لا يحلفه إذا ادعىٰ فسق الشهود أو كذبهم[1] .

قال في « المهمات » : تعارض بحث الرافعي مع تصحيح البغوي ، وقد نص عليها الشافعي في « البويطي » فقال : وكلما ادعىٰ عليه سوىٰ هـٰذا . . أحلفته له ؛ مثل أن يقول : عصبنيه أو باعنيه ، أو قِد علم أن الشهود شهدوا بغير الحق . . أحلفته علىٰ علمه في الشهود أنهم لم يشهدوا بباطل وعلى الميت فيما سوىٰ ذلك .

٦٢٧٧ـ قوله : (**وإذا استمهل ليأتي بدافع . . أمهل ثلاثة أيام**)[2] فيه أمران :

أحدهما : محله ما إذا فسر الدافع كقضاء أو إبراء ، فإن قال : لي بينة دافعة . . استفسر ؛ لأنه قد يتوهم ما ليس بدافع دافعاً ، إلا أن يعرف معرفته ؛ ولذلك قال « التنبيه » في صفة القضاء [ص ٢٥٥] : (**وإن قال : لي بينة قريبة بالقضاء أو الإبراء . . أمهل ثلاثة أيام**) .

ثانيهما : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : المعتمد في الفتوىٰ أنه لا إمهال في شيء من ذلك ، ويقضي للمدعي بما توجه ، فإن أتى المدعىٰ عليه بما يخالف ذلك . . عمل بمقتضاه[3] .

٦٢٧٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٧] : (**ولو ادعىٰ رق بالغ فقال : « أنا حر » . . فالقول قوله**) أي : حر الأصل ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٦٨٣ ، ٦٨٤] : (**وحلف مدعي حرية الأصل**) أما لو قال : أعتقتني ، أو أعتقني الذي باعني منك . . فلا يقبل إلا ببينة ، ومحله كما قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ما إذا كان في يد المدعي لرقه ، فإن لم يكن في يده . . فالقول قول العبد ؛ لأنه يدعي سلطنة عليه ، والأصل عدمها ، والمراد : قبول قول المدعىٰ عليه مع يمينه ، وقد صرح بذلك « الحاوي » كما تقدم .

٦٢٧٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٧] : (**أو رق صغير ليس في يده . . لم يقبل إلا ببينة**) يرد عليه : ما لو كان في يد غيره وصدقه صاحب اليد . . فيكفي ذلك .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **والأرجح الأقيس** : أنه لا يعتبر هنا أن لا يعرف استناد يده إلى التقاط ، كما يكفي تصديق صاحب اليد في غير ذلك وإن لم يكن مالكاً .

٦٢٨٠ـ قوله : (**أو في يده . . حُكم له به إن لم يعرف استنادها إلى التقاط**)[4] يدخل فيه ما إذا عرف استنادها لسبب من أسباب الملك ، وما إذا لم يعرف استنادها لذلك ولا لالتقاط ، ونازع شيخنا في « تصحيح المنهاج » في الثانية ، وقال : مقتضىٰ كلام الشافعي خلافه ، وهو المعتمد .

---

(١) الروضة (١٢/١٢) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٧٧) .

(٣) في حاشية (ج) : (فائدة : في كلام القاضي حسين في « الفتاوىٰ » ما يشهد كما قاله الإمام البلقيني) .

(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥٧٧) .

٦٢٨١ـ قوله : (**فلو أنكر الصغير وهو مميز . . فإنكاره لغو**)[١] قد يفهم أنه لو بلغ فأنكر . . قُبل إنكاره ، وهو مقتضىٰ قول « الحاوي » [ص ٦٨٣ ، ٦٨٤] : (**وحلف مدعي حرية الأصل وإن سبق في الصغر قرينة**) ، وليس كذلك كما تقدم في « المنهاج » في اللقيط ، وعبارته : (**فإن بلغ وقال : « أنا حر » . . لم يقبل قوله في الأصح إلا ببينة**)[٢] ، وعليه مشى « الحاوي » هناك[٣] ، وقد يفهم من قول « المنهاج » [ص ٥٧٧] : (**فإنكاره لغو**) عدم تحليف المدعي ، وليس كذلك .

٦٢٨٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٧] : (**ولا تسمع دعوىٰ مؤجل في الأصح**) يستثنىٰ منه مسائل :

الأولىٰ : إذا ادعىٰ على القاتل بقتل خطأ أو شبه عمد . . سمع مع أن ذلك إنما يوجب دية مؤجلة ، فلو ادعىٰ ذلك على العاقلة . . لم تسمع جزماً ؛ لأنه لم يتحقق لزومه لمن ادعىٰ عليه به ؛ لجواز موته أثناء الحول وإعساره آخره ، ذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : لم أر من تعرض لذلك .

الثانية : إذا كان بعض الدين حالاً . . سمعت الدعوىٰ بالجميع كما قاله الماوردي ، ويكون المؤجل تبعاً .

الثالثة : إذا كان المؤجل في عقد قصد بدعواه تصحيح المطالبة ؛ كالسلم المؤجل . . صحت دعواه ، قاله الماوردي أيضاً .

فصل

[فيما يترتب علىٰ سكوت المدعىٰ عليه عن جواب الدعوىٰ]

٦٢٨٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٧] : (**أصر المدعىٰ عليه على السكوت عن جواب الدعوىٰ . . جُعل كمنكرٍ ناكلٍ**) محل جعله كناكل : ما إذا حكم القاضي بنكوله بعد عرض اليمين عليه ، أو قال للمدعي : احلف ؛ ولهـٰذا قال « التنبيه » [ص ٢٥٥] : (**قال له الحاكم : إن أجبت ، وإلا . . جعلتك ناكلاً ، ويستحب أن يكرر عليه ثلاثاً ، فإن أجاب ، وإلا . . جعله ناكلاً**) و« الحاوي » [ص ٦٩٠] : (**أو سكت ، وقضىٰ بالنكول ، أو قال للمدعي : احلف . . فالمدعي**) قال في « أصل الروضة » : وإنما يحكم بأنه ناكل بالسكوت إذا لم يظهر كون السكوت لدهشة أو غباوة ونحوهما ، وحينئذ . . يتعين عليه شرحه له ثم الحكم بعد ذلك . انتهىٰ[٤] .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٧٧) .

(٢) المنهاج (ص ٣٣٣) .

(٣) الحاوي (ص ٤٠٨) .

(٤) الروضة (١٢/ ٤٤) .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هٰذا إذا لم يكن المدعىٰ عليه نائباً . . فالوكيل يجعل كالمنكر ولا يجعل كالناكل ؛ لأن اليمين لا تتوجه إليه ، قال : ولا يحل للولي السكوت ، ويجب عليه أن يجيب بما يعرفه ، فإن أصر على السكوت ؛ فإن كان أباً أو جداً أو وصي أحدهما . . عرفه الحاكم قدح ذلك في ولايته ؛ ولهٰذا السكوت شبه بعضل الولي ، وإن كان المدعىٰ عليه قيم الحاكم . . زجره وأقام غيره ، فإن أصر . . جعل حينئذ ناكلاً[١] .

٦٢٨٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٧] : (**فإن ادعىٰ عشرة فقال : « لا تلزمني العشرة » . . لم يكف حتىٰ يقول : « ولا بعضها » ، وكذا يحلف ، فإن حلف علىٰ نفي العشرة واقتصر عليه . . فناكلٌ ، فيحلف المدعي على استحقاق دون عشرة بجزء ويأخذه**) اقتصر « الحاوي » علىٰ ذلك في اليمين فقال [ص ٦٨٧] : (**حلف لنفي المدعىٰ وأجزائه**) فقد يقال : يفهم منه مثل ذلك في الجواب ، وقد يقال : هو موافق للقاضي حسين في أنه يكلف ذلك في اليمين لا في الإنكار ، ثم محل ما ذكراه فيما إذا لم يسند المدعىٰ إلىٰ عقد ، فإن أسنده ؛ كما لو ادعت امرأة علىٰ رجل أنه نكحها بخمسين . . فإنه يكفيه أن يقول : ما نكحتها بخمسين ، ويحلف عليه ؛ لأن المدعي للنكاح بخمسين غير مدع للنكاح بما دونه ، فإن نكل . . لم يمكنها أن تحلف علىٰ أنه نكحها ببعض الخمسين ؛ لأنه يناقض ما ادعته أولاً ، ذكره الرافعي[٢] .

وفي « التعليقة » على « الحاوي » : أنها إذا أرادت الدعوىٰ بما دونه . . استأنفت دعوىٰ أخرىٰ ، ونازع شيخنا في « تصحيح المنهاج » في حلف المدعي علىٰ ما دون العشرة بجزء ، وقال : المدعىٰ عليه إنما نكل عن شيء منها ، لا عن كلها إلا شيء منها ، فالذي يحلف عليه المدعي إنما هو استحقاق شيء منها لا استحقاق [ما دونها][٣] بجزء ، ولكن إذا ادعىٰ عليه ثانياً بما دون العشرة بجزء ، فأنكر ونكل عن اليمين . . فهنا يحلف[٤] المدعي على استحقاق ما دون العشرة بجزء ، وكذا لو قال في الجواب : ولا ما دون العشرة ، ونكل في الحلف عن قوله : ولا ما دون العشرة . . فهنا يحلف على استحقاق ما دون العشرة بجزء ويأخذه . انتهىٰ .

وفيه نظر ؛ فقد نكل عن كلها إلا شيء منها وهو العشرة التي حلف عليها ، وقوله في الجواب : ولا شيء منها ، ليس المراد به : شيئاً مخصوصاً ، بل هو نكرة في سياق النفي ، فَعَمَّ كل جزء من أجزائها ، ولم يحلف إلا علىٰ نفي جزء واحد ، وهو تمام العشرة ، فصار ناكلاً عن اليمين فيما عدا

---

(١) انظر « حاشية الرملي » (٤/ ٣٩٥) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ١٧٤) .
(٣) في (ب) : (كلها إلا شيء منها) ؛ وفي (ج) : (شيء منها) .
(٤) في (ب) : (فهنا لم يحلف) .

ذلك ، ولا تفاوت بين المذكور في كلام الرافعي والنووي من قوله : ولا بعضها ، أو ولا شيء منها ، وبين اللفظ الذي ذكره شيخنا ، وهو قوله : ولا ما دون العشرة ؛ لتناول كل من هـٰذه الألفاظ كل جزء من الأجزاء الناقصة عن تمام العشرة ، والله أعلم .

٦٢٨٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٨] : (**أو شفعة . . كفاه : « لا تستحق عليّ شيئاً »**) عبارة « المحرر » : (لا تستحق عليّ شفعة)[1] ، وعبارة « الروضة » وأصلها : (لا شفعة لك عندي)[2] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : الظاهر أنه لا يكتفىٰ في الشفعة بقوله : لا تستحق عليّ شيئاً ؛ لأن الناس لا يعدون الشفعة مستحقة على المشتري ؛ لأنها ليست في ذمته كالدين ، ولا تعلق به ضمانها كالغصب وغيره ؛ فالجواب المعتبر : (لا شفعة لك عندي) ولمَّا صرح في تعبير « المحرر » بالشفعة . . سومح في قوله علىٰ قوله : (**ولو كان بيده مرهون أو مكرىً وادعاه مالكه . . كفاه : « لا يلزمني تسليمه »**)[3] ، **رجح** شيخنا في « تصحيح المنهاج » : أنه لا يكفيه ذلك ؛ لأنه قد يكون مبطلاً في دعواه ، فيتعطل على المالك الوصول إلىٰ ملكه .

وفيه نظر ؛ فإن المالك يصل إلىٰ ملكه بإقامة البينة علىٰ ذلك ، فيجب علىٰ صاحب اليد حينئذ التسليم كما قاله القاضي حسين ، واعتراض الغزالي عليه مردود ، فإن لم يكن للمدعي بينة بالملك . . فلا سبيل إلىٰ تصديقه بمجرد دعواه ، والله أعلم .

٦٢٨٦ـ قوله : (**فلو اعترف بالملك وادعى الرهن أو الإجارة . . فالصحيح : أنه لا يقبل إلا ببينة**)[4] لا يفهم منه أن مقابل الصحيح قبوله بلا بينة بالنسبة إلىٰ مدة الإجارة والدين المرهون به وقدره ؛ فإن ذلك لم يقل به أحد ، وإنما قبل قوله علىٰ هـٰذا الوجه بالنسبة إلىٰ عدم انتزاعه منه فقط .

٦٢٨٧ـ قوله : (**فإن عجز عنها وخاف أولاً إن اعترف بالملك جَحْدَهُ الرهن والإجارة . . فحيلته أن يقول : « إن ادعيت ملكاً مطلقاً . . فلا يلزمني تسليمه ، وإن ادعيت مرهوناً . . فاذكره لأجيب »**)[5] ، كان ينبغي تأخير قوله : (**أولاً**) عن قوله : (**اعترف**) أو عن قوله : (**بالملك**) فإن تقديمه يفهم تعلقه بخاف ، ولا معنىٰ له ، وهـٰذه الحيلة حكاها الرافعي عن القفال والفوراني وترجيح « الوجيز » ، وقال القاضي حسين : لا يقبل الجواب على التردد ، بل حيلته أن يجحد ملكه

---

(١) المحرر (ص ٥٠٧) .
(٢) فتح العزيز (١٣/ ١٧٥) ، الروضة (١٢/ ٢١) .
(٣) المحرر (ص ٥٠٧) ، المنهاج (ص ٥٧٨) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥٧٨) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٥٧٨) .

إن جحد صاحبه الدين والرهن ؛ أخذاً من الظفر بغير جنس الحق[1] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هٰذه الحيلة ليست صحيحة ، ولا حاجة إليها مع سبق الاكتفاء بجواب جازم ، وهو قوله : لا يلزمني تسليمه ، وما ذكره القاضي حسين من عدم سماع الجواب المردد هو الصحيح .

٦٢٨٨ـ قوله : (**وان ادعىٰ عليه عيناً فقال : « ليست لي » ، أو « هي لرجل لا أعرفه » ، أو « لابني الطفل » ، أو « وقف على الفقراء » ، أو « مسجد كذا » . . فالأصح : أنه لا تنصرف الخصومة ولا تُنزع منه ، بل يُحلفه المدعي علىٰ أنه لا يلزمه التسليم إن لم تكن بينة**)[2] فيه أمور :

أحدها : أن مقتضاه : أن قوله : (**ليست لي**) جواب كاف ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الصواب** : أنه ليس بكاف ؛ لأنه ليس مضاداً للدعوىٰ ، فيقال للمدعىٰ عليه : إن أصررت عليه . . صرت منكراً وجعلت بعد عرض اليمين عليك ناكلاً ، فيحلف المدعي ويحكم له ، قال : هٰذا هو الفقه المعتبر الجاري علىٰ قواعد الباب ، وسيأتي التصريح بنظيره من كلام الأصحاب في الإضافة إلىٰ مجهول .

ثانيها : وما ذكره من الاكتفاء بقوله : (**هي لرجل لا أعرفه**) مشىٰ عليه « الحاوي » أيضاً ، وهو مخالف لقول « التنبيه » [ص ٢٦١] : (**وإن أقر به لمجهول . . لم يقبل ، وقيل له : إما أن تقر لمعروف أو نجعلك ناكلاً**) وسكت عليه النووي في « تصحيحه » ، واعتمده شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وحكاه عن العراقيين مطلقاً ، قال : ولم يوضح المراوزة الكلام علىٰ هٰذه الصورة ، وتبعهم الرافعي فلم يفصح بالمقصود . انتهىٰ .

ثم قال « التنبيه » في هٰذه الصورة [ص ٢٦١] : (**وقيل : يقال له : إما أن تقر به لمعروف أو لنفسك أو نجعلك ناكلاً**) ومقتضاه : ترجيح أنه لا تقبل دعواه لنفسه ، وأقره النووي فلم يستدركه في « التصحيح » ، وحكىٰ فيه في « أصل الروضة » وجهين من غير ترجيح[3] .

ثالثها : قوله : (**أو لابني الطفل**) كذا لو قال : إنه لغير ابنه ممن هو تحت حجره ، وفي معنى الطفل : المجنون والسفيه ، فلو قال : (لمحجوري) . . كان أشمل ، ومنه يعلم أن قوله : (**وقف على الفقراء ، أو مسجد كذا**) مقيد بأن يكون هو الناظر ، فإن كان النظر لغيره . . انصرفت الخصومة إليه .

رابعها : مقتضاه : إثبات وجه قوي بانصراف الخصومة عنه فيما إذا قال : (**ليست لي**) ، وكذا

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٣/١٧٦ ، ١٧٧) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٧٨) .
(٣) الروضة (١٢/ ٢٤) .

هو في « الروضة » وأصلها[1] ، وأنكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » .

خامسها : قال شيخنا أيضاً : الخلاف في التبرع لا يصح في مجرد قوله : ليس لي ؛ لأنه ليس فيه التصريح بما يقتضي رفع يده ، ولم أره في طريقة العراقيين ، وإنما هو مذكور في طريق المراوزة ، وهو مزيف ، وكيف يزيل اليد التي لم يظهر لنا السبب لإزالتها ؟! هـٰذا مما لا يمكن القول به فضلاً عن أن يكون قوياً .

سادسها : نازع شيخنا المذكور أيضاً في إثبات خلاف في انصراف الخصومة عنه في قوله : (**هي لرجل لا اعرفه**) وقال : الذي ذكره ليس بجواب قطعاً ، فيستحيل انصراف الخصومة عنه ، ولم يذكر جواباً مقنعاً .

سابعها : ونازع أيضاً في الخلاف في الانتزاع في الصورة المذكورة ، وقال : إنه مردود فضلاً عن أن يكون قوياً ؛ لأنه يجوز أن يكون عنده برهن لازم وينسى الراهن ، وكذا في الإيداع ونحوه ، وقال : قل من رأيته حكى الخلاف في ذلك ، وهو في « النهاية » و« التهذيب »[2] ، ولعل قائله قاله في صورة وجد فيها ما يقتضي أن لا بد له ، فحينئذ . . يأتي هـٰذا الوجه .

ثامنها : قال شيخنا المذكور أيضاً : إثبات الخلاف في انصراف الخصومة في قوله : (**هي لابني الطفل**) ذكره **الرافعي**[3] ، وعندي أنهما ليسا وجهين ، وأنهما منزلان علىٰ حالين :

أحدهما : أن يكون الكلام بالنسبة إلىٰ رقبة المدعي به ، وهـٰذا تنقطع فيه الخصومة قطعاً ، ويبقى النظر في بقاء الخصومة بالنسبة إلىٰ تحليف المدعىٰ عليه ، وفي « النهاية » ما يقتضيه[4] .

ثانيهما : أن لا ينظر إلى الرقبة ، وإنما ينظر إلى الخصومة من حيث هي وهي باقية بالنسبة إلىٰ قيام البينة وإلىٰ تحليف القيم أنه لا يلزمه التسليم .

تاسعها : قال شيخنا أيضاً : كلامه يقتضي إثبات خلاف في قوله : (**لابني الطفل**) في النزع ، وهـٰذا لم يقله أحد من الأصحاب فيما إذا كان الأب ولياً للطفل ، ولا يمكن القول به ؛ لظهور فساده بما يقتضيه من إبطال الحقوق بغير مستند ، وليس ذلك في « المحرر » ، ولا في « الشرح » و« الروضة » ، وهو واضح الفساد فإن لم يكن الأب المذكور أهلاً للولاية . . انتزع منه قطعاً .

عاشرها : قال شيخنا المذكور أيضاً : إثبات الخلاف في انصراف الخصومة في قوله : (**وقف على الفقراء ، أو مسجد كذا**) لا نسلمه ، وقد أثبته الرافعي من نقلين ، وقد قدمنا أنه لا خلاف

---

(١) الروضة (١٢/ ٢٤) .

(٢) نهاية المطلب (١٩/ ١٣١) ، التهذيب (٨/ ٣٣٢) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ١٧٩) .

(٤) نهاية المطلب (١٩/ ١٣١) .

بينهما في نظيره[1] ، وقوله فيهما : (**الأصح : أنه لا ينزع منه**) يقال عليه : إن كان المقر المذكور ناظر الوقف . . فلا ينزع منه قطعاً ، وإلا نزع منه قطعاً ؛ فإثبات الخلاف في ذلك غير مستقيم .

حادي عشرها : قوله : (**بل يحلفه المدعي أنه لا يلزمه التسليم**) يقتضي تعلقه بالصور الخمس ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ولم يقله أحد من الأصحاب ، بل الحكم في الأولىٰ والثانية ما قدمناه عند ذكر أنه لا يقنع منه بهـٰذا الجواب ، وبقيه الصور لا يحلف فيها علىٰ ما ذكر .

ثاني عشرها : قوله : (**إن لم تكن بينة**) يقتضي أنه إنما يحلفه علىٰ ما ذكر إن لم تكن بينة ، قال شيخنا المذكور : وهـٰذا قيد غير معتبر ، والذي في « المحرر » : (بل يقيم المدعي البينة أو يحلفه أنه لا يلزمه تسليمه)[2] وقد تقدم أنه إنما تسمع البينة حيث كان المدعىٰ عليه قيم الطفل أو **ناظر** الوقف ، قال : واعلم : أنه يخرج في الصور الخمس عشرون موضعاً على « المنهاج » من جهة الأحكام الأربعة التي أثبتها في الصور الخمس وهي : تصحيح عدم انصراف الخصومة ، وعدم النزع ، وتحليف المدعىٰ عليه أنه لا **يلزمه** التسليم ، وقيد أن لا يكون له بينة ، وقد يزداد العدد إذا نظر إلىٰ ما قررناه . انتهىٰ .

٦٢٨٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٨] : (**وإن أقر به لمعين حاضر تمكن مخاصمته وتحليفه . . سئل ، فإن صدقه . . صارت الخصومة معه**) فيه أمور :

أحدها : أنه يفهم أنه إذا أقر به لمن لا تمكن مخاصمته وهو المحجور . . لا تنصرف الخصومة عنه ، وليس كذلك ، بل تنصرف عنه إلىٰ وليه ؛ ولهـٰذا أطلق « التنبيه » فقال [ص ٢٦١] : (**وإن أقر به لغيره وصدقه المقر له . . انتقلت الخصومة إليه**) ، وقد يقال : أفهم بقوله : (**وصدقه**) أن كلامه في غير المحجور ، ولم يستثن « الحاوي » إلا المجهول والمكذب[3] ، فدل علىٰ أن المصدق بخلافه .

ثانيها : لو اقتصر علىٰ إمكان المخاصمة أو إمكان التحليف . . حصل الغرض ، ولا حاجة للجمع بينهما .

ثالثها : فهم من قوله : (**صارت الخصومة معه**) انصرافها عن المدعىٰ عليه ، وليس كذلك ؛ فللمدعي طلب يمين المدعىٰ عليه ؛ بناء علىٰ أنه يغرم[4] له البدل لو أقر له ، وهو **الأظهر**[5] ، وقد ذكره « التنبيه » فقال [ص ٢٦١] : (**وهل يحلف المدعىٰ عليه ؟ فيه قولان**) وقد عرفت أن **الأظهر** :

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ١٧٩) .
(٢) المحرر (ص ٥٠٧) .
(٣) الحاوي (ص ٦٦٧) .
(٤) في (د) : (لا يغرم) ، والمثبت هو الصواب .
(٥) انظر « مغني المحتاج » (٤/ ٤٧١) .

التحليف ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٦٧] : (**فإن أقر . . ثبت ، ولغير لا مجهول ومكذب . . حُلِّف**) وتبع فيه « الوجيز »[1] ، ولم يتعرض له في « الروضة » وأصلها .

٦٢٩٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦١] : (**وإن كذبه المقر له . . أخذه الحاكم وحفظه إلىٰ أن يجيء صاحبه**) **الأصح** : أنه يترك في يد المقر ، وهو الذي صدر به « المنهاج » كلامه ثم قال [ص ٥٧٨] : (**وقيل : يسلم إلى المدعي ، وقيل : يحفظه الحاكم لظهور مالك**) وقول « الروضة » : فيه الأوجه الثلاثة السابقة في الإقرار[2] ، يقتضي أن منها إجبار المقر له علىٰ أخذه لا تسليمه للمدعي كما تقدم في الإقرار .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ولم يقل ذلك أحد هنا ، وكأنهم لما رأوا أن المدعي قائم بالدعوىٰ والمقر له مكذب . . رجح عندهم جانب المدعي علىٰ جانب المقر له ، فجعلوا بدل ذلك الوجه تسليمه للمدعي ، ولو قيل به هنا . . لم يبعد ، وهو أولىٰ من الوجه الصائر إلىٰ تسليمه للمدعي ، وفي « المطلب » : إنه بعيد لا أصل له ؛ وليس ببعيد ؛ لأنه مقتضىٰ إقرار من العين في يده ، وعبارة « الحاوي » توافق « المنهاج » فإنه ذكر تحليف المقر له إذا كان غير مجهول أو مكذب[3] ، فدل علىٰ عدم انصراف الخصومة عن المقر إذا كان المقر له أحدهما ، وذلك يدل علىٰ تركه في يده ، ولو أخذه الحاكم منه أو سلم للمدعي . . لا تنصرف الخصومة عنه .

٦٢٩١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦١] : (**وإن أقر به لغائب . . انتقلت الخصومة إليه**) و« المنهاج » [ص ٥٧٨] : (**فالأصح : انصراف الخصومة عنه**) هو بالنسبة إلىٰ رقبة العين المدعاة ، أما بالنسبة إلىٰ تحليف المدعىٰ عليه . . فلا تنصرف **على الأصح** ، بل له تحليفه من أجل تغريم البدل لو أقر له بها تفريعاً على التغريم للثاني فيمن قال : هـٰذه الدار لزيد ، ثم قال : هي لعمرو ، وهو **الأصح** .

ويرد على « المنهاج » : أن محل الخلاف : ما إذا لم يقم بينة بأنها للغائب ، فإن أقامها . . ففي « أصل الروضة » : أنه تنصرف الخصومة عنه لا محالة ، ولا يجيء فيه الوجهان[4] ، وعبارة « الحاوي » [ص ٦٦٧] : (**وتسمع بينته للغائب ، ولا يثبت ملكه**) أي : لا يحكم للغائب بالملك بهـٰذه البينة ؛ أي : سواء شهدت البينة بأنه في رهن المدعي أو إجارته أم لا ، وعند التعرض لذلك وجه موجه بأنه مدع لنفسه حقا وقد أقام البينة عليه ، فلا بد من إثباته ، ولا يثبت إلا بثبوت الملك للغائب ، قال الرافعي : ولا بأس بهـٰذا الوجه وبتوجهه ، والناقلون رجحوا الوجه الآخر[5] .

---

(١) الوجيز (٢/ ٢٦٠) .
(٢) الروضة (١٢/ ٢٤) .
(٣) الحاوي (ص ٦٦٧) .
(٤) الروضة (١٢/ ٢٦) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ١٨٣) .

٦٢٩٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٨] : (**ويوقف الأمر حتىٰ يقدم الغائب ، فإن كان للمدعي بينة . . قُضي بها**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه كلام متهافت ؛ لأن وقف الأمر حتىٰ يقدم الغائب ينافيه قوله : (**فإن كان للمدعي بينة . . قضي بها**) ، وعبارة « المحرر » سالمة من هٰذا ؛ فإنه قال : (فإن لم يكن للمدعي بينة . . توقف الأمر إلىٰ أن يحضر الغائب ، وإن كان له بينة . . فيقضىٰ له)[1] ، قال شيخنا : ووقف الأمر علىٰ ما قررناه محله بالنسبة إلىٰ رقبة العين لا إلىٰ تحليف صاحب اليد كما تقدم في الانصراف .

٦٢٩٣ـ قوله : (**وهو قضاء علىٰ غائب ، فيحلف معها**)[2] في « أصل الروضة » : إنه أقوىٰ وأليق بالوجه المفرع عليه ، واختاره الإمام والغزالي ، وأن العراقيين والروياني رجحوا أنه قضاء علىٰ حاضر[3] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إن كونه قضاء علىٰ غائب مخالف لنص « الأم » و« المختصر » ولكثير من الأصحاب في الطريقين ولمقتضى الدليل بحيث يتبين أنه غلط ، وأن مقابله هو المذهب المعتمد ، ثم بسط ذلك .

٦٢٩٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٨] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٦٦٦] : (**وما قُبل إقرار عبدٍ به كعقوبة . . فالدعوىٰ عليه ، وعليه الجواب ، وما لا كأرش . . فعلى السيد**) فيه أمران :

أحدهما : أنه يرد عليه أمور لا تسمع الدعوىٰ بها علىٰ أحدهما منفرداً ، وإنما تسمع عليهما ، منها : النكاح لا يثبت إلا بإقرارهما جميعاً ، فتكون الدعوىٰ به عليهما ما لم يعتق العبد .

ومنها : ضمان الإحضار ؛ فإنه لا يقبل إقرار العبد فيه ومع ذلك لا تكون الدعوىٰ فيه على السيد ؛ لأنه لم يتعلق بمحض فوات المنفعة المستحقة للسيد من جهة ما فيه من إتعاب العبد نفسه والسعي في إحضار المضمون ، وذلك يعتبر فيه اجتماع العبد والسيد .

ومنها : النسب لا بد فيه من النظر إلى العبد بالإقرار وإلى السيد بالتصديق ، ذكر ذلك شيخنا في « تصحيح المنهاج » .

ثانيهما : مقتضىٰ قوله : (**وما لا كأرش . . فعلى السيد**) أنه لو وجهت الدعوىٰ هنا على العبد . . لم تسمع ، وفيه وجهان ، اختار الإمام والغزالي إلى المنع[4] ، والمقطوع به في « التهذيب » السماع إن كان للمدعي بينة أو لم تكن وقلنا : المردودة كالبينة ، وإلا . . فلا ، قال

---

(١) المحرر (ص ٥٠٨) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٧٨) .

(٣) الروضة (١٢/ ٢٥) .

(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٩/ ١٩٩) ، و« الوجيز » (٢/ ٢٦٠) .

الرافعي : وفي كل منهما إشكال ، والمتوجه أن يقال : تسمع لإثبات الأرش في ذمته لا لتعلقه في رقبته[1] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : يخرج منه أن **الأصح** : أنه لا تسمع الدعوىٰ على العبد بذلك ؛ لأن **الأصح** : أنه لا يتعلق بالذمة ، **والأصح** : أنه لا تسمع الدعوىٰ بالدين المؤجل ، وهو قد خرج هٰذه علىٰ تلك ، قال شيخنا : والذي نقوله : إن المتوجه أن تسمع الدعوىٰ عليه ليقر بالأرش فيتعلق بذمته أو ينكل ، ويرد اليمين على المدعي ، فيحلف ، فيتعلق الأرش بذمته ، ولا يتفرع علىٰ سماع الدعوىٰ بالدين المؤجل ؛ لأن الدين المؤجل وقع التأجيل فيه بالتراضي من المتعاقدين وله أمد ينتظر ، بخلاف ما في ذمة العبد في الأمرين معاً .

تَنْبِيهٌ

[علىٰ وجوب اليمين وعدمه]

مقتضىٰ كلامهم : أن اليمين غير واجبة ، وبه صرح في « النهاية » فقال : لا تجب اليمين قط ، وأقره عليه الرافعي ، وقال الشيخ عز الدين في « قواعده الكبرىٰ » : هٰذا ليس إطلاقه ، بل يتعين الحلف حيث يؤدي تركه إلىٰ تعاطي ما لا يباح بالإباحة ؛ كالدماء والقروح والضرب في الحدود والتعازير ونحوها بخلاف الأموال والمنافع[2] .

فَصْلٌ

[متىٰ تغلظ يمين المدعي والمدعىٰ عليه ؟]

٦٢٩٥ـ قولهم ـ والعبارة لـ « المنهاج » ـ : (**تغلظ يمين مدع ومدعىٰ عليه فيما ليس بمال ولا يقصد به مال ، وفي مال يبلغ نصاب زكاة**)[3] فيه أمور :

أحدها : أورد عليه الحقوق كالسرجين وكلب الصيد ونحوهما ليست مالاً ولا يقصد منها المال ومع ذلك لا تغليظ فيها ، والوكالة في المال تغلظ مع أن المقصود منها المال ، وفي « الوسيط » تبعاً « للنهاية » : التغليظ يجري في كل ما له خطر مما لا يثبت برجل وامرأتين ، وجرىٰ في عيوب النساء ؛ لأن ثبوتها بقول النساء لا لنقصان الخطر[4] .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ١٨٨) .

(٢) قواعد الأحكام إصلاح الأنام (٢/ ٥٩) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٦٧) ، و« الحاوي » (ص ٦٩٠) ، و« المنهاج » (ص ٥٧٩) .

(٤) نهاية المطلب (١٨/ ٦٤٨ ، ٦٤٩) ، الوسيط (٧/ ٤١٧) .

وفي « الكفاية » عن الماوردي وغيره : تقييد التغليظ في غير المال بما لا يثبت إلا بشاهدين ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : عندي أن الضابط لذلك أن الذي لا يثبت بالشاهد واليمين . . يغلظ فيه ، وما يثبت بشاهد ويمين . . ففيه التفصيل .

ثانيها : ظاهره اعتبار نصاب الزكاة في المدعىٰ به ، فإن ادعىٰ بإبل . . لم يغلظ إلا في خمس ، أو ببقر . . ففي ثلاثين ، أو بغنم . . ففي أربعين ، أو بمعشر . . ففي خمسة أوسق ، وهو وجه حكاه الماوردي(١) ، والذي في « أصل الروضة » اعتبار عشرين ديناراً أو مائتي درهم(٢) ، **والمنصوص** عليه في « الأم » و« المختصر » : اعتبار عشرين ديناراً عينا أو قيمة(٣) .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **إنه الأصح المعتمد** ، حتىٰ لو كان المدعىٰ به من الدراهم . . اعتبر بالذهب ، قال : ويخرج من كلام الماوردي الاتفاق علىٰ عدم إلحاق نصاب الدراهم وحده بنصاب الدنانير ، بل إما أن يلحق به كل النصب وإما أن يخص ذلك بالذهب .

ثالثها : لو اختلفا في الثمن فقال البائع : عشرون ديناراً وقال المشتري : عشرة . . فلا تغليظ هنا ؛ لأن الذي يتعلق به التفويت أو الإثبات عشرة دنانير وإن كان جملة الثمن عشرين ديناراً ، ذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وقال لم أر من تعرض له .

رابعها : لم يذكروا حقوق الأموال كالخيار والأجل وحق الشفعة والرد بالعيب ، وحكمها أنها إن تعلقت بمال هو نصاب . . غلظ فيها ، وإلا . . فلا .

خامسها : يرد علىٰ تقييد المال ببلوغه نصاباً ما لو رأى القاضي جرأة في الحالف . . فله حينئذ التغليظ وإن نقص عن نصاب ، ذكره في « أصل الروضة »(٤) .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : والذي يظهر أن التغليظ بذكر الأسماء والصفات يفعله القاضي فيما دون النصاب وإن لم تظهر جرأة الحالف .

٦٢٩٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٩] : (**وسبق بيان التغليظ في اللعان**) يقتضي أنه سبق فيه التغليظ بزيادة الأسماء والصفات أيضاً ، وليس كذلك ؛ فإنما سبق فيه التغليظ بالمكان والزمان ؛ ولهـٰذا قال « التنبيه » [ص ٢٦٧] : (**غلظ عليه اليمين بالمكان والزمان واللفظ ، أما المكان والزمان . . فقد بيناه في اللعان ، وأما اللفظ . . فهو أن يقول : والله الذي لا إلـٰه إلا هو ، عالم الغيب والشهادة ، الرحمـٰن الرحيم ، عالم خائنة الأعين وما تخفي الصدور ، وإن كان يهودياً ، حلف بالله الذي أنزل**

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٧ / ١١١) .

(٢) الروضة (١٢ / ٣٢) .

(٣) الأم (٧/ ٣٤) ، مختصر المزني (ص ٣٠٨) .

(٤) الروضة (١٢/ ٣٢) .

التوراة علىٰ موسىٰ ونجاه من الغرق ، وإن كان نصرانياً . . حلف بالله الذي أنزل الإنجيل علىٰ عيسىٰ ، وان كان مجوسياً أو وثنياً . . حلف بالله الذي خلقه وصوره ، وان اقتصر على الاسم وحده . . جاز) وسبق في اللعان التغليظ بحضور جمع أقله أربعة ، قال الرافعي : ولم يذكروه هنا ، ويشبه مجيئه في يمين تتعلق بإثبات حد أو دفعه كاللعان[1] ، وصوب النووي عدم اعتباره هنا[2] .

ومال إليه شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، ومنع ما قاله الرافعي ؛ فإن اللعان وقع فيه أمور معضلة خارجة عن القياس ، وما خرج عن القياس لا يقاس عليه ، قال : وحضور جمع أقله أربعة يناسب النصاب الذي يثبت به حد الزنا ؛ فكان ينبغي في بحث الرافعي التغليظ بحضور اثنين .

٦٢٩٧ـ قولهم ـ والعبارة لـ « المنهاج » ـ : **(ويحلف على البت في فعله ، وكذا فعل غيره إن كان إثباتاً)**[3] أورد عليه شيخنا في « تصحيح المنهاج » صوراً :

منها : اختلاف المتبايعين في قدم عيب . . يحلف البائع على البت أنه لم يأبق عنده مثلاً .

قلت : هو فعل عبده ، فيحلف فيه على البت ولو كان نفياً كما سيأتي .

ومنها : حلف مدعي النسب اليمين المردودة ، فيحلف بتاً أنه ابنه ولا فعل له في النسب .

قلت : يرجع إلى الحلف علىٰ أنه ولد علىٰ فراشه ، وهو إثبات ، وقد عرف أن الحلف فيه على البت وإن لم يكن فعله .

ومنها : الإعسار ، فيحلف فيه على البت ، وليس فعل نفسه ، وإنما هو صفة له .

قلت : بل هو نفي ملك نفسه زيادة علىٰ أمر مخصوص .

ومنها : حلف أحد الزوجين علىٰ عيب صاحبه اليمين المردودة ، فهو على البت وإن لم يكن فعلاً لخصمه .

قلت : هو فعل الله تعالىٰ به ؛ فهو حلف علىٰ فعل غيره إثباتاً .

٦٢٩٨ـ قول « التنبيه » في الحلف علىٰ فعل غيره [ص ٢٦٧] : **(وإن كان علىٰ نفي . . حلف علىٰ نفي العلم)** أورد عليه : أنه يحلف علىٰ نفي جناية بهيمته على البت قطعاً وعلىٰ نفي جناية عبده على البت في الأصح ، ذكرهما « المنهاج »[4] ، وأورد في « تصحيحه » الأول بلفظ الصواب ، والثاني بلفظ الأصح ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٨٧] : **(بتاً كما أجاب ؛ كأرش جناية العبد ، وإتلاف بهيمة قصَّر بتسريحها)** ثم قال : **(ونفي العلم لنفي فعل غيره)**[5] ومقتضاه : أن فعل عبده

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ١٩٠) .

(٢) انظر « الروضة » (١٢/ ٣٢) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٦٧) ، و« الحاوي » (ص ٦٨٧) ، و« المنهاج » (ص ٥٧٩) .

(٤) المنهاج (ص ٥٧٩) .

(٥) الحاوي (ص ٦٩٠) .

وبهيمته ليس فعل غيره ، ووجهه في العبد : أنه ماله وفعله كفعله ؛ ولذلك سمعت الدعوىٰ عليه ، وفي البهيمة : أنه لا ذمة لها ، والمالك لا يضمن بفعل البهيمة ، بل بتقصيره في حفظها ، وذلك أمر يتعلق بنفس الحالف ، وإليه أشار بقوله : (**قصر بتسريحها**) .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » وقوله : (**قطعاً**) قد لا يسلم له ؛ ففي « الوسيط » ما يشعر بخلاف فيه ؛ حيث قال : (فالظاهر أنه يلزمه)[1] ، وأورد شيخنا في « تصحيح المنهاج » مع ذلك مسائل عنها أجوبة كما قدمناه في الذي قبله ؛ فلذلك لم أطول بذكرها ، ثم قال : ومختصر هـٰذا المبسوط : أن اليمين إن كانت في جانب المدعىٰ عليه في الإثبات . . فعلى البت ، أو في النفي والمطلوب بالدعوىٰ لاقاه ابتداء ، ويمكن اطلاعه علىٰ سبب الملاقاة حالة صدوره ، وليس مما يغيب غالباً عن المدعىٰ عليه . . فالحلف فيه على البت وإن لم يلاقه ابتداء ؛ لأنه وارث ، أو لأنه لا تعلق له بالسبب المدعىٰ به عند صدوره ، أو لاقاه ابتداء لكن لا يمكن اطلاعه[2] علىٰ سبب الملاقاة ، وليس من شأنه أن يشتهر ؛ فالحلف فيه علىٰ نفي العلم ، وإن كانت اليمين من جانب المدعي . . فهي على البت دائماً ، إلا إذا كانت لدفع معارض لا لإثبات المطلوب مع تصور الحلف فيه علىٰ نفي العلم ، وفي « المطلب » ضبط مختصر ، وهي أن كل يمين على البت إلا نفي فعل الغير قال : وقد قالها البندنيجي وغيره ، واقتصر عليها في « الروضة » ، وهي تنتقض بما إذا ادعى المودع التلف ولم يحلف . . فإن **المذهب** كما قاله الإمام : أن المودع يحلف علىٰ نفي العلم ، وقال شيخنا المذكور في حواشي « الروضة » : الاختصار المعتبر أن يقال : يحلف على البت في كل يمين إلا فيما يتعلق بالوارث فيما ينفيه ، وكذلك العاقلة بناء علىٰ أن الوجوب لاقى القاتل ، ثم استثنىٰ شيخنا المذكور من الخلاف في الحلف علىٰ نفي فعل عبده صورتين :

إحداهما : إذا كان العبد مجنوناً ضارياً بطبعه كالبهيمة . . فعلى السيد حفظه ، فإن قصر السيد فأتلف هـٰذا الضاري شيئاً . . فهو كالبهيمة .

الثانية : إذا أمر عبده الذي لا يميز أو الأعجمي الذي يعتقد وجوب طاعة السيد في كل ما يأمره به . . فالجاني هو السيد ويحلف على البت قطعاً ، ولا يأتي فيه ما تقدم في البهيمة ؛ لوجود أمره المنزل منزلة فعله .

٦٢٩٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٩] : (**ولو ادعىٰ ديناً لمورثه فقال : « أبرأني » . . حلف علىٰ نفي العلم بالبراءة**) لا بد أن يضم إليه : (وأنت تعلم أنه أبرأني منه) ، قال في « أصل الروضة » :

---

(١) الوسيط (٧/٤١٩) .

(٢) في (ب) ، (ج) : (لكن يمكن اطلاعه) ، والمثبت من (د) . انظر « حاشية الرملي » (٤/٤٠٠) .

كل ما يحلف المنكر فيه علىٰ نفي العلم يشترط في الدعوىٰ عليه التعرض للعلم[١] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ومحل هـٰذا : إذا علم المدعي أن المدعىٰ عليه يعلم ذلك ، فإن لم يعلم . . لم يسعه أن يقول : وهو يعلم ذلك ، فإن قال الوارث : أستحق عليك ذلك . . حلف علىٰ إثبات الاستحقاق ، وإن نكل . . ردت اليمين علىٰ مدعي البراءة ، وإن كان له بينة بالبراءة . . أقامها وعمل بمقتضاها .

٦٣٠٠ـ قوله : (**ويجوز البت بظن مؤكد يعتمد خطه أو خط أبيه**)[٢] فيه أمور :

أحدها : مقتضاه : البت إذا ظن ذلك برؤية **خط** نفسه وإن لم يتذكر ، وهو مقتضىٰ إطلاق « الحاوي » في قوله [ص ٦٩٠] : (**ويحل بظن خط**) ، ولم يقيده ، وكذا في « أصل الروضة » هنا[٣] ، لكن فيها في الباب الثاني من القضاء في مستند القضاء : لو رأىٰ بخط أبيه : لي علىٰ فلان كذا . . فله أن يحلف إذا وثق بخط أبيه وأمانته ؛ لأنه لا يتوقع فيه يقين يتذكر ، فلو وجد بخط نفسه : أن لي علىٰ فلان كذا أو أديت إليه دينه . . لم يجز الحلف حتىٰ يتذكر[٤] .

قال في « التوشيح » : وقد يقال : لا يتصور الظن المؤكد في خط نفسه ما لم يتذكر ، بخلاف خط الأب ؛ فلا إيراد .

ثانيها : قد عرفت من عبارة « الروضة » التي نقلناها أنه لا بد أن يكون موثوقاً بأمانة أبيه ، وقد يفهم ذلك من لفظ الظن ، ويقال : لا يحصل الظن إلا إذا كان بهـٰذه الصفة ، وعبارة الإمام : أن يكون عدلاً[٥] .

ثالثها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : جواز البت بالظن المؤكد من خطه أو خط أبيه مخالف لظواهر نصوص « الأم » و« المختصر » وغيرهما ؛ فإن فيها : (ولا يسع شاهداً أن يشهد إلا بما علم ، والعلم من ثلاثة وجوه : منها : ما عاينه ، فيشهد بالمعاينة ، ومنها : ما سمعه ، فيشهد ما أثبت سمعاً من المشهود عليه ، ومنها : ما تظاهرت به الأخبار مما لا يمكن في أكثره العيان وتثبت معرفته في القلوب ، فيشهد عليه بهـٰذا الوجه)[٦] ، ثم قال : وكذلك يحلف الرجل علىٰ ما يعلم بأحد هـٰذه الوجوه مع شاهد ، وفي رد يمين وغير ذلك ، قال شيخنا : ففيه أنه لا يجوز اعتماد خطه وخط أبيه في الحلف ؛ لأنه لا يجوز اعتماده في الشهادة .

---

(١) الروضة (١٢/ ٣٥) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٧٩) .
(٣) الروضة (١٢/ ٣٦) .
(٤) الروضة (١١/ ١٥٩) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٦٢٢) .
(٦) الأم (٧/ ٩٠) ، مختصر المزني (ص ٣٠٤) .

رابعها : أن ظاهر عبارته انحصار ذلك في خطه وخط أبيه ، وليس كذلك ، بل نكول خصمه مما يحصل به الظن المؤكد كما جزم به في « أصل الروضة »[(١)] ، وعليه مشي « الحاوي » فقال بعد ما تقدم عنه [ص ٦٩٠] : (**وقرينة كنكول**) ، لكن نازع شيخنا في « تصحيح المنهاج » في ذلك ؛ لأن الناكل قد ينكل عن اليمين تورعاً ، فلا يسوغ لمجرد ذلك لخصمه الذي لا يعرف أن له حقاً عنده أن يحلف علىٰ أنه يستحق عليه ذلك ، وهو ظاهر نص الشافعي رضي الله عنه المتقدم .

٦٣٠١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٩] : (**وتعتبر نية القاضي المستحلف ، فلو ورّىٰ أو تأول خلافها أو استثنىٰ بحيث لا يسمع القاضي . . لم يدفع إثم اليمين الفاجرة**) فيه أمور :

أحدها : كذا تعتبر عقيدته ، وقد صرح به « الحاوي » فقال [ص ٦٩٠] : (**بنية القاضي واعتقاده**) وفي قول « المنهاج » [ص ٥٧٩] : (**أو تأول خلافها**) ما يشير إليه .

ثانيها : محل ذلك : إذا كان التحليف بالله تعالىٰ ، فإن كان القاضي يرى التحليف بالطلاق ؛ كالحنفي ، فحلف به . . نفعت التورية ، ذكره النووي في « الأذكار » كما في « المهمات » ، وليس في كلام النووي تصويرها بأن يرى القاضي ذلك ، بل ظاهر كلامه يقتضي أن محله فيمن لا يراه ؛ لأنه قال : لأنه لا يجوز للقاضي تحليفه بالطلاق ، فهو كغيره من الناس[(٢)] .

ثالثها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : قوله : (**وتعتبر نية القاضي المستحلف**) عبارة ناقصة ، وتمامها أن يقول : (الموافقة لظاهر اللفظ الواجب في الحلف) فلا أثر لنية تخالف ظاهر اللفظ الواجب في الحلف ، فلو كان له دين بغير صك لم يقبضه ودين بصك قبضه ، فأقام شاهداً بالدين الذي بالصك وحلف معه ، ونيته الحلف على الذي بلا صك ونية القاضي الذي بالصك . . فلا أثر لنية القاضي ؛ لأن اللفظ الواجب في الحلف استحقاقه الدين المدعىٰ به لا الدين الذي في الصك ، وكذا حكم عين الرد والاستظهار ، قال : وهـٰذا مستمد مما لو جحد ما عليه من دين بغير صك وله عليه دين بصك قد قبضه وشهوده لا يعلمون قبضه . . فله أن يدعي ذلك الدين ويقيم البينة ويقبضه بدينه الآخر **على الأصح** في زيادة « الروضة » وفاقاً للهروي وخلافاً للقفال[(٣)] ، قال شيخنا : وفيه نظر ؛ فإن المدعىٰ عليه لو قال : إني قضيت ما في هـٰذا الصك . . لم يكن للمدعي أن يحلف أنه لم يقبضه ، وهـٰذا يدل على التغاير ، فلا ينبغي أن يتسامح في إقامة البينة بذلك حينئذ وإنما يتجه ذلك إذا لم يدع المدعىٰ عليه ذلك ، فحينئذ . . يحلف المدعي مع شاهد ويمين الاستظهار ، وقصده بقوله : ما قبضه الدين الذي له في ذمته لا الذي بالصك .

---

(١) الروضة (١٢/٣٦) .
(٢) الأذكار (ص ٣٠٤) .
(٣) الروضة (١٢/٧) .

رابعها : قال شيخنا المذكور أيضاً : محله فيما إذا لم يكن الحالف محقاً في الذي نواه ، فإن كان محقاً . فالعبرة بنيته لا بنية القاضي ، فإذا ادعىٰ أنه أخذ من ماله كذا بغير إذنه ، وسأل رده ، وكان إنما أخذه في دين له عليه ، فأجاب بنفي الاستحقاق ، فقال خصمه للقاضي : حلفه أنه لم يأخذ من مالي شيئاً بغير إذني ، وكان الحاكم يرىٰ إجابته لذلك . . فللمدعىٰ عليه أن يحلف أنه لم يأخذ من ماله شيئاً بغير إذنه وينوي بغير استحقاق، ولا يأثم بذلك ، والعبرة هنا بنية الحالف المحق.

٦٣٠٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٩] : (**ومن توجهت عليه يمين لو أقر بمطلوبها لزمه فأنكر . . حُلِّف**) فيه أمور :

أحدها : أنه مخالف لكلام « أصل الروضة » فإنه فسر فيها الحالف بأنه كل من يتوجه عليه دعوىٰ صحيحة ، ثم قال : وقيل : . . . فحكىٰ ما في « المنهاج » حكاية الأوجه الضعيفة[١] ، وعلىٰ ما في « الروضة » مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٨٧] : (**حلف من توجهت عليه**) أي : الدعوى الصحيحة ، لكن رجح شيخنا في « تصحيح المنهاج » التفسير الذي في « المنهاج » ، وهو المجزوم به في « الشرح الصغير » ، إلا أن فيه خللاً سنذكره ، ومال السبكي إلىٰ أن المراد بالعبارتين شيء واحد ، وقال : في عبارة الرافعي شيئان يقتضيان أنه لم يرد اختلاف المعنىٰ :

أحدهما : قوله : (وقد قيل) فإنها ليست هي العبارة المألوفة في الخلاف .

والثاني : قوله : (ولابد من استثناء صور عن هـٰذا الضبط) وما قال : الضبطين[٢] .

قال : **وشيء ثالث** ، وهو : أنه في « المحرر » اقتصر على العبارة الثانية ، فلو كانت ضعيفة عنده . . لما اقتصر عليها . انتهىٰ[٣] .

وتفسير « الروضة » الحالف بما تقدم أراد به : الحالف ابتداء ، وهو المدعىٰ عليه ، ومن نزل من المدعين منزلة المدعىٰ عليه كالأمناء ، وأما أيمان القسامة واللعان . . فلا تدخل في ضابطه ؛ لأن اليمين في جانب المدعين ، ولم يتوجه إليهم دعوىٰ تحقيقاً ولا تقديراً ، وكذلك الحالف مع شاهده والحالف يمين الرد لا يدخل في هـٰذا الضابط .

ثانيها : قوله : (ومن توجهت **عليه** يمين) **صوابه** : (توجهت عليه دعوىٰ) كذا صوبه الشيخ برهان الدين بن الفركاح ، وذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » أن تعبيره باليمين وهم والتعبير بالدعوىٰ هو الذي في « المحرر » و« الشرحين » و« الروضة » في التعبير عن الوجه الثاني[٤] ، ويلزم

---

(١) الروضة (١٢/ ٣٧) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٢٠٠) .

(٣) قضاء الأرب في أسئلة حلب (ص ١١٧ ، ١١٨) وانظر « المحرر » (ص ٥٠٨) .

(٤) المحرر (ص ٥٠٨) ، فتح العزيز (١٣/ ٢٠٠) ، الروضة (١٢/ ٣٧) .

علىٰ تعبير « المنهاج » اتحاد الشرط والجزاء ، لكن صوب السبكي في « الحلبيات » تعبير « المنهاج » وقال : قد تطلب اليمين من غير دعوىٰ كما إذا طلب القاذف يمين المقذوف أو وارثه علىٰ أنه ما زنا ، وله غرض في أن لا يدعي الزنا حتىٰ لا يصير قاذفا ثانياً قال : لكن يحتاج أن يتأول توجهت عليه يمين ، بمعنىٰ : طلبت منه ، أو يقال : لما ثبت أن اليمين على المدعىٰ عليه ، فتوجه الدعوىٰ يقتضي توجه اليمين بمعنىٰ وجوبها ، فمعنىٰ توجهت عليه يمين : وجبت ، وأما توجه الدعوىٰ . . فمعناه : إلزامها ، قال : وأما قول « المنهاج » : (**فأنكر**) فإنه غير متضح ؛ لأن الإنكار يكون بعد الدعوىٰ لا بعد طلب اليمين ، إلا أن يريد أنه صمم على الإنكار . انتهىٰ[1] .

ثالثها : يستثنىٰ من هـٰذه القاعدة صور ذكر « المنهاج » منها ثلاثاً فقال [ص ٥٧٩] : (**ولا يحلف قاض علىٰ تركه الظلم في حكمه ، ولا شاهد أنه لم يكذب ، ولو قال مدعىٰ عليه : « أنا صبي » . . لم يحلف ، وَوُقِفَ حتىٰ يبلغ**) ، وذكر « الحاوي » الأوليين وأربعاً معهما ، فقال [ص ٦٨٧] : (**لا في حد الله تعالىٰ ، والقاضي وإن عُزِل ، والشاهد ، والوصي ، والقيم ، ومنكر الوكالة**) أي : منكر أن المدعي وكيل صاحب الحق ، وعدم تحليف القاضي بعد العزل مخالف « لتصحيح المنهاج » كما تقدم في القضاء .

ويستثنىٰ من أن مدعي الصبا لا يحلف : ما إذا وقع في السبي من أثبت ، فادعىٰ عليه أنه بالغ ، فأنكر ، وقال : استعجلته بالدواء ، وقلنا : إن الإثبات دليل البلوغ في حق الكفار وهو **الأظهر** . . فإنه يحلف **على المنصوص المعتمد** .

وبقي عليهم صور أخرىٰ :

منها : السفيه في إتلاف المال ؛ فلا يحلف **على الأصح** في باب القسامة .

ومنها : منكر العتق إذا ادعىٰ علىٰ من هو في يده أنه أعتقه وآخر أنه باعه منه ، فأقر بالبيع . . فإنه لا يحلف للعبد ؛ إذ لو رجع . . لم يقبل ولم يغرم .

ومنها : ما إذا ادعت الجارية الوطء وأمية الولد وأنكر السيد أصل الوطء . . **فالصحيح** في « أصل الروضة » : أنه لا يحلف[2] .

لكن قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الصواب** : أنه يحلف سواء أكان هناك ولد أم لم يكن ، وصوب السبكي حمل ما في « الروضة » وغيرها علىٰ ما إذا كانت المنازعة لإثبات النسب ، فإن كانت لأمية الولد ليمتنع من بيعها وتعتق بعد الموت . . فيحلف ، قال : وقد قطعوا بتحليف السيد إذا أنكر الكتابة ، وكذا إذا أنكر التدبير وقلنا : ليس إنكاره رجوعاً ، قال وفي كلام الرافعي في

---

(١) قضاء الأرب في أسئلة حلب (ص ١١٩ : ١٢١) .

(٢) الروضة (٨/ ٤٤٠) .

« الشرح » في آخر الفصل ما يزيل الإبهام عند قوله : [ويشبه][1] . انتهىٰ[2] .

ومنها : ما إذا ادعىٰ من عليه الزكاة ظاهراً مسقطاً . . فإنه لا يحلف إيجاباً على **الأظهر** ، مع أنه لو أقر بمطلوب الدعوىٰ . . ألزم .

٦٣٠٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٩] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٦٩٠] : (**واليمين تفيد قطع الخصومة في الحال لا براءة ، فلو حلَّفه ثم أقام بينة . . حكم بها**) استثنىٰ منه شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ما إذا أجاب المدعىٰ عليه الوديعة بنفي الاستحقاق ، وحلف علىٰ ذلك ، فإن هـٰذا الحلف يفيد البراءة ، حتىٰ لو أقام المدعي بينة بأنه أودعه الوديعة المذكورة . . لم يكن لها أثر ؛ فإنها لا تخالف ما حلف عليه من نفي الاستحقاق .

٦٣٠٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٩] : (**ولو قال المدعىٰ عليه : « قد حلفني مرة فليحلف أنه لم يحلفني » . . مكن في الأصح**) محله : ما إذا قال : حلفني عند قاض آخر ، أو أطلق ، أما إذا قال : عندك ؛ فإن حفظ القاضي ذلك . . لم يحلفه ، ومنع المدعي ما طلبه ، وإن لم يحفظه . . حلفه ، ولا ينفعه إقامة البينة عليه في **الأصح** ؛ لأن القاضي متىٰ تذكر حكمه . . أمضاه ، وإلا . . فلا يعتمد البينة .

٦٣٠٥ـ قوله : (**وإذا نكل . . حلف المدعي وقُضِي له**)[3] محله فيما إذا أمكن حلفه : بأن يكون معيناً ، قال في « التنبيه » [ص ٢٦٦] : (**فإن كان الحق لغير معين كالمسلمين والفقراء . . حبس المدعي حتىٰ يحلف أو يعطي ، وقيل : يقضىٰ عليه بالنكول**) وذكر شيخنا الإسنوي في « التنقيح » : أن هـٰذا مخالف لما في كتب الرافعي والنووي ؛ فإن **الأصح** فيها : أن الحق يؤخذ منه ، وقال في « الشرح » و« الروضة » : إنه **الأصح** الأشهر[4] ، وقال في « تصحيح التنبيه » : **الأصح** : استيفاء الحق من المدعىٰ عليه إذا نكل عن اليمين وكان الحق لغير معين علىٰ عكس ما في « التنبيه » من كونه يحبس . انتهىٰ .

وما ذكره شيخنا المذكور في كتابيه المذكورين وهم ، وإنما في « الروضة » : **أن هـٰذا الأصح** الأشهر فيما إذا طولب بزكاة فادعىٰ مسقطاً ، وألزمناه اليمين فنكل ، وسيأتي ، قال في « أصل الروضة » : قال الجمهور : ليس حكماً بالنكول ، لكن مقتضىٰ ملك النصاب ومضي الحول

---

(١) في (ب) ، (د) : (ونسبه) ، والمثبت من (ج) ، و« فتح العزيز » (٩/٥٤٨) ، و« قضاء الأرب في أسئلة حلب » (ص ١٢٤) .

(٢) في حاشية (ج) : (قال السبكي : ولو صح هـٰذا الإبهام . . لكانت هـٰذه المسألة تستثنىٰ من الضابطين جميعاً) . انظر « قضاء الأرب في أسئلة حلب » (ص ١٢٣ ، ١٢٤) .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٧٩) .

(٤) فتح العزيز (١٣/٢١٥) ، الروضة (١٢/٤٨) .

الوجوب ، فإذا لم يثبت دافع . . أخذنا الزكاة[1] ، وقال بعد ذلك : **الأصح** في مسألة من لا وارث له ؛ أي : إذا ادعى القاضي أو منصوبه ديناً له علىٰ رجل وجده في تذكرته ، فأنكر المدعىٰ عليه ونكل . . أنه لا يقضي بالنكول ، بل يحبس ليحلف أو يقر ، قال : وإنما حكمنا فيما قبلها بالمال ؛ لأنه سبق أصل يقتضي الوجوب ولم يظهر دافع[2] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٩١] : (**وحبس في دين من لا وارث له ليقر أو يحلف**) .

٦٣٠٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٧٩] : (**والنكول : أن يقول : « أنا ناكل » ، أو يقول له القاضي : « أحلف » ، فيقول : « لا أحلف »**) و« الحاوي » [ص ٦٩٠] : (**فإن نكل بأن قال : « لا أحلف » ، أو « أنا ناكل »**) يرد على الحصر ما لو قال له : قل : بالله ، فقال : بالرحمـٰن ؛ ففي « أصل الروضة » : أنه نكول ، ذكره في القاعدة الثانية أنه يشترط كون اليمين مطابقة للإنكار ، قال : ولو قال : قل : بالله ، فقال : والله ، أو تالله . . فهل هو نكول كالصورة الأولىٰ ، أم لا ؛ لأنه حلف بالاسم الذي حلفه به ؟ وجهان ، ويجريان فيما لو غلظ عليه باللفظ وامتنع واقتصر علىٰ قوله : والله ، وفيما لو أراد التغليظ بالزمان والمكان فامتنع ، قال القفال في امتناعه من التغليظ اللفظي : **الأصح** : أنه ناكل ؛ لأنه ليس له رد اجتهاد القاضي ، وقطع بعضهم بأنه ناكل في الامتناع من المكاني والزماني دون اللفظي[3] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : فيما لو قال : قل : بالله ، فقال : والله . . **الأصح** : أنه لا يكون ناكلاً ، نص عليه ، وقال : في كلام « أصل الروضة » في العدول عن قول القاضي : والله ، إلىٰ : والرحمـٰن ، أنه يشعر بأن القاضي لو حلفه ابتداء بالرحمـٰن . . كان كافياً ، وليس كذلك ، بل يتعين الحلف بالله ، ولا يعتد بقول القاضي : قل : والرحمـٰن ، قال : ولم أر من تعرض له ، ولا بد منه ، وقال أيضاً : **الأرجح** عندنا خلاف ما صححه القفال ؛ لأن التغليظ بذلك ليس واجباً ، فلا يكون الممتنع منه ناكلاً ، وقد تفهم عبارة « المنهاج » الاكتفاء في النكول بقوله : (**أنا ناكل**) وإن لم يقل له القاضي : احلف ، وليس كذلك ، ولا يرد ذلك على « الحاوي » .

وعبارة « المحرر » : (وإنما يحصل النكول بأن يعرض القاضي اليمين عليه فيمتنع ، وفسر العرض بأن يقول : قل : والله ، والامتناع بأن يقول : لا أحلف ، أو أنا ناكل) فاعتبر العرض فيهما ، وفسر بأن يقول : قل والله ، وعدل عنه « المنهاج » إلىٰ قوله : (**احلف**) ، وهـٰذه مسألة

---

(١) الروضة (١٢/ ٤٨) .
(٢) الروضة (١٢/ ٥٠) .
(٣) الروضة (١٢/ ٣٤) .

مختلف فيها ؛ ففي « أصل الروضة » عن البغوي : أنه ليس بنكول ، وعن الإمام : أنه نكول ، قال : وهو أوضح(١) .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وليس كذلك ؛ لأن قول القاضي للمدعىٰ عليه : (احلف) يحتمل الحلف بالطلاق ؛ لأن من القضاة من يحلف بالطلاق ، فلا يلزم من الامتناع في اللفظ المحتمل للطلاق أن يكون ممتنعاً لو قال له : احلف بالله ، أو قل : والله .

٦٣٠٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٠] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٦٩٠] : (**فإن سكت . . حكم القاضي بنكوله**) فيه أمور :

أحدها : محله : إذا لم يظهر كون السكوت لدهشة أو غباوة ونحوهما ، ويستحب للقاضي أن يعرض اليمين على المدعىٰ عليه ثلاث مرات ، والاستحباب فيما إذا سكت أكثر منه فيما إذا صرح بالنكول ، ولو تفرس فيه سلامة جانب . . شرح له حكم النكول(٢) ، قال في « الحاوي » [ص ٦٩١] : (**ندباً**) ، وفي « المهمات » عن الماوردي الوجوب ، وعن الروياني وتبعه في « الكفاية » الاستحباب ، فإن لم يشرح وحكم بأنه ناكل ، فقال المدعىٰ عليه : لم أعرف حكم النكول . . ففي نفوذ الحكم احتمالان للإمام ، **أصحهما** : النفوذ(٣) ، وكان من حقه أن يسأل ويعرف قبل أن ينكل(٤) ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٩١] : (**وإن قضي به وقال : لا أعرف حكمه**) .

وفي « المهمات » أن مقتضىٰ كلام الإمام : أن محل الاحتمالين مع علم القاضي بأنه لا يدري حكم النكول ، ومقتضىٰ كلام الغزالي أن محلهما عند جهل القاضي بحاله .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأصح** عندنا : أن القاضي لا يقدم على الحكم مع معرفته أن المدعىٰ عليه لا يدري أن امتناعه يوجب رد اليمين ، بل على القاضي إعلامه ، فإن لم يعلمه وحكم بنكوله . . لم ينفذ حكمه ، فإن غلب علىٰ ظنه أنه يدري(٥) . . ففيه احتمال ، **والأرجح** : أنه لا ينفذ أيضاً ؛ لأنه يمكنه إزالة المحتمل بإظهار حكم النكول(٦) .

ثانيها : أفهم كلامه أنه لا يحتاج مع تصريحه بالنكول إلىٰ حكم القاضي بنكوله ، وبه صرح في « المحرر »(٧) ، وعليه يدل قول « التنبيه » [ص ٢٥٤] : (**وإن قال المدعىٰ عليه بعد النكول : أنا**

---

(١) الروضة (١٢/ ٤٤) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٦٦٠) .

(٢) انظر « الروضة » (١٢/ ٤٤) .

(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٨/ ٦٦٠) .

(٤) انظر « الروضة » (١٢/ ٤٤) .

(٥) في (د) : (لا يدري) .

(٦) انظر « حاشية الرملي » (٤/ ٤٠٥) .

(٧) المحرر (ص ٥٠٩) .

أحلف.. لم يسمع) ، وحكاه في « أصل الروضة » عن الإمام وغيره[1] ، وإنما قاله الإمام من عنده لا نقلاً ، وخالفه في الإقرار ، فقال : لو بدأ منه النكول ثم عاد فرغب.. فله أن يحلف قبل جريان القضاء بنكوله ، ثم قال : فالتعويل إذاً على القضاء بالنكول[2] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو **الأرجح** ؛ لأنه مختلف فيه ، فلا بد فيه من الحكم في محل الاجتهاد ، ويوافقه قول القاضي حسين والبغوي : لو هرب الناكل قبل الحكم بنكوله.. لم يكن للمدعي أن يحلف يمين الرد ، وحكاية الماوردي خلافاً في أنه هل يفتقر إلىٰ حكم القاضي بالنكول قبل رد اليمين أم لا ؟ لأن ردها عليه حكم بالنكول ، قال في « المطلب » : وحاصله أنه لا بد من القضاء بالنكول ، لكن صريحاً أو ضمناً .

ثالثها : ظاهره اعتبار مطلق السكوت ، وذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » : أن المعتبر أن يمضي من سكوته زمن يسع قوله : لا أحلف ، أو أنا ناكل .

رابعها : مقتضاه : أنه لا يتمكن من الحلف بعد الحكم بنكوله ، وهو كذلك ، إلا أن يرضى المدعي بحلفه.. فله ذلك **في الأصح** ، وقد ذكره « الحاوي »[3] .

٦٣٠٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٠] : (**واليمين المردودة في قول كبينة**) يعني به : مجموع النكول واليمين المردودة ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » هـٰذا القيد مقيد بقيود نذكرها في معرض التنبيهات :

الأول : أنها كالبينة في حق المدعىٰ عليه ؛ فلا يتعدىٰ لثالث **في الأصح** .

الثاني : أنها ليست كالبينة في حد الزنا .

الثالث : أن يكون الحلف في المردودة على الإثبات ، فلو كان على النفي كما في مثالين :

أحدهما : الرد من المدعي كالمودع ونحوه ممن يصدق في الرد إذا رد اليمين على المودع فحلف علىٰ أنه لم يرد عليه شيئاً.. لم يكن كالبينة ؛ لأن البينة لا تسوغ بالنفي في مثل هـٰذا ، بل هي كالإقرار قطعاً .

المثال الثاني : لو قال المديون لصاحب الدين : أبرأتني من دينك ، أو قضيته ، فأنكر ونكل ، فحلف المدعي.. اتجه أنه كالإقرار ؛ لأن البينة لا تسوغ بالنفي في مثل هـٰذا ، قال : ولم أر من تعرض له ، بل كلامهم فيما لو أقام مدعي الإبراء أو الأداء بينة به بعد نكوله عن اليمين ، وحلف المدعي يخالف هـٰذا .

---

(١) الروضة (١٢/ ٤٤) .

(٢) انظر « نهاية المطلب » (٧/ ٨٨) .

(٣) الحاوي (ص ٦٩١) .

قلت : هـٰذا المثال الثاني ليست يمين الرد فيه على النفي ، بل على الإثبات ، والله أعلم .

ثم قال الشيخ : **الرابع** : أنها ليست كالبينة بالنسبة لتعارضها مع البينة التحقيقية ، بل تقدم البينة التحقيقية عليها **على الصواب** خلافاً للشيخ أبي علي ؛ حيث جعله من تعارض البينتين ، قال الإمام : وهو علىٰ نهاية البعد[1] ، قال شيخنا : **ومذهب الشافعي** أنها كالبينة الكاملة ، ولو كانت كالناقصة . . لاختصت بما يثبت بشاهد ويمين .

٦٣٠٩ـ قوله : (**وفي الأظهر : كإقرار المدعىٰ عليه**)[2] و« الحاوي » [ص ٦٩١] : (**وحلفه كإقراره**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : يقيد بقيدين هما تنبيهان علىٰ هـٰذا القول :

أحدهما : أن هـٰذا في غير حد الزنا كما تقدم في التفريع على القول الآخر .

ثانيهما : أنه لا ينزل منزلة الإقرار الحقيقي في إبطال البينة الشاهدة للمدعىٰ عليه بما يخالف إقراره الحقيقي كما سيأتي .

٦٣١٠ـ قوله : (**فلو أقام المدعىٰ عليه بعدها بينة بأداء أو إبراء . . لم تسمع**)[3] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : كذا في « الروضة » وأصلها[4] ، وهو شيء انفرد به القاضي حسين ، وهو ضعيف **والأصح** : سماعها ؛ لأن قولنا : إنه كالإقرار أمر تقديري ، والبينة شهدت بأمر تحقيقي ، فيعمل بمقتضاها ، وقد ذكره **بعد** ذلك في « أصل الروضة » على الصواب في الباب الخامس في فروع أكثرها عن ابن سريج ، فقال : فلو لم تكن بينة ونكل الداخل عن اليمين ، فحلف الخارج وحكم له ، ثم جاء الداخل ببينة . . سمعت **على الصحيح** كما لو أقامها بعد بينة الخارج ، وقيل : لا تسمع بناء علىٰ أن اليمين المردودة كالإقرار . انتهىٰ[5] .

ونص علىٰ ذلك الشافعي فقال : (فيما إذا غصب جارية وهلكت في يده واختلفا في القيمة . . . فالقول قول الغاصب بيمينه ، فإذا قال الغاصب : لا أحلف . . قلنا : فَرُدَّ اليمين **عليه** ، فيحلف ويستحق ما ادعىٰ ، فإذا حلف المدعي وجاء المدعىٰ عليه ببينة علىٰ أقل مما حلف المدعي أعطيناه بالبينة ، وكانت البينة أولىٰ من اليمين الفاجرة)[6] ، قال شيخنا : وتعليل الشافعي يقتضي أنه لم يفرعه علىٰ أن اليمين المردودة كالبينة .

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٩/ ١١٥) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٠) .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٠) .

(٤) فتح العزيز (١٣/ ٢١١) ، الروضة (١٢/ ٤٥) .

(٥) الروضة (١٢/ ٦١) .

(٦) انظر « الأم » (٣/ ٢٥٣) .

٦٣١١- قوله : (**فإن لم يحلف المدعي ولم يتعلل بشيء . . سقط حقه من اليمين**)[1] ظاهره سقوط حقه من اليمين المردودة وغيرها في هـٰذا المجلس وغيره ، وكذا يقتضيه قول « الحاوي » [ص ٦٩١] : (**فإن أخر أو بشاهد . . لم يحلف**) ، لكن قال في « التنبيه » [ص ٢٥٤] : (**وإن قال المدعي بعد النكول : أنا أحلف . . لم يسمع ، إلا أن يعود في مجلس آخر ويدعي وينكل المدعىٰ عليه**) ، وحكاه في « أصل الروضة » عن العراقيين والهروي والروياني ، ثم حكىٰ عن الإمام والغزالي والبغوي : أنه لا يتمكن من ذلك ، ولا ينفعه بعده إلا البينة ، قال : وهو أحسن وأصح ؛ لئلا تتكرر دعواه في القضية الواحدة[2] ، وعبارة الرافعي أحسن وأقوىٰ[3] ، وفي « الشرح الصغير » : إنه **الأظهر** ، وفي « أصل الروضة » في الباب الرابع في الشاهد مع اليمين : لو لم يحلف المدعي مع شاهده وطلب يمين الخصم . . فله ذلك ، فإن حلف . . سقطت الدعوىٰ ، قال ابن الصباغ : وليس له أن يحلف بعد ذلك مع شاهده ، بخلاف ما لو أقام بعد يمين المدعىٰ عليه بينة . . فتسمع ، وإن نكل المدعىٰ عليه فأراد المدعي يمين الرد . . مكن منها **على الأظهر** ، ويجري القولان فيما لو ادعىٰ مالاً ونكل المدعىٰ عليه ولم يحلف المدعي يمين الرد ثم أقام شاهداً واحداً وأراد أن يحلف معه ؛ فإن قلنا : ليس له أن يحلف يمين الرد . . فالمنقول : أنه يحبس المدعىٰ عليه حتىٰ يحلف أو يقر ؛ لأن يمينه حق المدعي ، فلا يتمكن من إسقاطها ، لكن التقصير منه حيث لم يحلف مع شاهده ، فينبغي أن لا يحبس المدعىٰ عليه ، وقد ذكر ابن الصباغ نحو هـٰذا ، ولو أن المدعي بعد امتناعه من الحلف مع شاهده واستحلافه الخصم أراد أن يعود فيحلف مع شاهده . . نقل المحاملي : أنه ليس له ذلك ؛ لأن اليمين صارت في جانب صاحبه ، إلا أن يعود في مجلس آخر فيستأنف الدعوىٰ ويقيم الشاهد ، فحينئذ . . يحلف معه . انتهىٰ[4] .

قال في « المهمات » : وحاصله أن **الراجح** خلاف قول المحاملي ؛ لأن الراجح خلاف ما ذهب إليه العراقيون كما تقدم ، ومحله : إذا لم يحلف المدعىٰ عليه **اليمين** المردودة ولا نكل عنها ، فإن حلف . . انقطعت الخصومة ، وإن نكل . . حلف **على الأظهر** كما يقتضيه كلام الرافعي في آخر القسامة . انتهىٰ .

ونص الشافعي على المسألة فقال في « المختصر » : (وإن حلف المدعىٰ عليه أو لم يحلف ونكل المدعي وأبطلنا يمينه ثم جاء بشاهدين أو بشاهد . . حلف مع شاهده وأخذنا له بحقه)[5] ،

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٠) .
(٢) الروضة (١٢/ ٤٦) .
(٣) فتح العزيز (١٣/ ٢١٢) .
(٤) الروضة (١١/ ٢٧٩) .
(٥) مختصر المزني (ص ٣٠٩) .

والأصح في القسامة : أنه لو ادعىٰ قتلاً في غير محل لوث ونكل المدعىٰ عليه عن اليمين ونكل المدعي عن اليمين المردودة ثم ظهر لوث . . أنه يحلف ، وفي « الأم » : (ومن كانت له اليمين علىٰ حق مع شاهده . . قيل له : إن حلفت . . استحققت ، وإن امتنعت عن اليمين . . سألناك لم تمتنع ؟ فإن قلت : لآتي بشاهد آخر . . تركناك حتىٰ تأتي به فتأخذ حقك بلا يمين ، أو لا تأتي به . . فنقول : احلف وخذ حقك ، وإن امتنعت بغير أن تأتي بشاهد أو تنظر في أصل كتاب لك أو لسبب ما . . أبطلنا حقك في اليمين ، لا في الشاهد الآخر ولا الأول)[١] .

٦٣١٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٠] : (**وليس له مطالبة الخصم**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه مقيد بقيدين :

أحدهما : أن يكون حلف المدعي يثبت له حقاً يأخذه من المدعىٰ عليه ، فإن كان حلفه يسقط حقاً ـ يعني : للمدعىٰ عليه ـ فإنه إذا نكل عن اليمين . . فله مطالبة خصمه بالحق الذي ادعىٰ به ؛ كما إذا ادعىٰ علىٰ شخص ألفاً من ثمن خمر مبيع فقال : أقبضته لك ، فأنكر البائع . . فالقول قوله بيمينه في عدم القبض ، فإن حلف . . استحق الألف ، وإن نكل وحلف المشتري . . انقطعت الخصومة ، وإن نكل المشتري عن اليمين أيضاً وهو المدعي للقبض . . **فالصحيح** في « أصل الروضة » في الشركة : أن المشتري يلزم بالألف[٢] ، قال الرافعي : **وليس** هـٰذا حكماً بالنكول ، وإنما هو مؤاخذة له بإقراره بلزوم المال بالشراء ابتداء[٣] .

ثانيهما : أن لا يكون هناك حق لله تعالىٰ مؤكد يسقط عن المدعي بحلفه ، فإن كان . . لم يسقط بنكول المدعي ؛ كما إذا ولدت وطلقها ثم اختلفا ، فقال الزوج : ولدت ثم طلقتك فعليك عدة الطلاق ، وقالت : ولدت بعد الطلاق فانقضت عدتي . . فالقول قول الزوج بيمينه ، فإن حلف . . فعليها العدة ، وإن نكل وحلفت هي . . فلا عدة عليها ، وإن نكلت . . فعليها العدة كما في « أصل الروضة » في العدد ، ثم حكىٰ عن الأصحاب : أنه **ليس** قضاء بالنكول ، بل الأصل بقاء النكاح وآثاره ، فيعمل بهـٰذا الأصل ما لم يظهر دافع[٤] .

٦٣١٣ـ قول « الحاوي » [ص ٦٩٠] : (**ويمهل بطلبه ثلاثة ، لا خصمه**) محله فيما إذا استمهل لسبب ، وإلا . . فهو ناكل ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٥٨٠] : (**وإن تعلل بإقامة بينة أو مراجعة حساب . . أمهل ثلاثة أيام ، وقيل : أبداً**) وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محله في غير

---

(١) الأم (٦/٢٥٨) .

(٢) الروضة (٤/٢٨٧) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٥/١٩٩) .

(٤) الروضة (٨/٣٨٣) .

ما فيه حق مؤكد لله تعالىٰ ؛ فإنه بعد ثبوته لا يسقط بالتراضي من الآدميين ، فإذا قال في صورة العدة التي ذكر الزوج فيها أن الولادة سبقت الطلاق : إن الأمر كما قالت المرأة من تقدم الطلاق على الولادة . . لم يسمع منه ؛ لأنه قد ادعاه والقول قوله فيه ، فلا يقبل رجوعه عنه ، قال : **وأظهر من ذلك** : لو ادعت المجبرة أن بينها وبين زوجها محرمية وقلنا : القول قولها بيمينها وهو المرجح ؛ فإذا نكلت عن اليمين . . حلف الزوج اليمين المردودة ، فإذا نكل عنها . . حكم بالفرقة كما سبق في صورة العنة .

٦٣١٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٠] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٦٩١] : (**وان استمهل المدعىٰ عليه حين استحلف لينظر حسابه . . لم يمهل**) لا يخفىٰ أن محله : إذا لم يرض المدعي ، فإن رضي . . جاز .

٦٣١٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٠] : (**وان استمهل في ابتداء الجواب . . أمهل إلىٰ آخر المجلس**) ، عبارة « المحرر » : (ذكر أنه **يمهل**)[١] ، وحكاه في « الروضة » وأصلها عن الهروي : إن شاء[٢] ؛ يعني : المدعىٰ عليه ، وهو تأكيد غير محتاج إليه ؛ فإنه ما استمهل إلا وهو يشاء ذلك ، وإن كان مراده إن شاء المدعي . . فلا فائدة فيه ؛ لأن المدعي إذا شاء ترك الطلب . . لم يعترض عليه .

وقال في « التعليقة على الحاوي » : إن شاء القاضي .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هٰذا شيء لم يقله الشافعي ولا أحد من أصحابه إلا الهروي ، وهو مخالف لما يظهر من كلام الشافعي وأصحابه ولمقتضى القواعد ؛ فإن الدعوىٰ توجهت إليه ، فيحتاج إلى الجواب على الفور ، والإمهال إلىٰ آخر المجلس توقيت لا دليل عليه ، وهو غير منضبط ؛ فإن المجلس يطول ويقصر ، وقد يكون للمدعي شهود يخاف موتهم أو غيبتهم . انتهىٰ .

ويوافق ذلك قول « التنبيه » [ص ٢٥٥] : (**وإن قال : لي حساب وأريد أنظر فيه . . لم يلزم المدعي إنظاره**) فإنه شامل لاستمهاله في الجواب وفي اليمين .

٦٣١٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٠] : (**ومن طولب بزكاة فادعىٰ دفعها إلىٰ ساع آخر أو غلط خارص وألزمناه اليمين**) أشار به إلىٰ خلاف فيما إذا ادعىٰ مسقطاً واتهمه الساعي . . فيحلفه وجوباً أو استحباباً ، وقد ذكر ذلك « التنبيه » في قسم الصدقات فقال [ص ٦١] : (**وإن قال : بعته ثم اشتريته ولم يحل عليه الحول وما أشبه ذلك مما يخالف الظاهر . . حلف عليه ، وقيل : يحلف استحباباً**)

---

(١) المحرر (ص ٥٠٩) .

(٢) فتح العزيز (١٣/ ٢١٤) ، الروضة (١٢/ ٤٧) .

والتحليف استحباباً هو الذي صححه النووي ثم قال «التنبيه» [ص ٦١]: (**وإن قال : لم يحل عليه الحول بعد وما أشبه ذلك مما لا يخالف الظاهر . . حلف استحباباً**) وظهر بذلك أن المذكور في « المنهاج » هنا مفرع على الضعيف ؛ فإن **الأصح** : أنا لا نلزمه اليمين لاستحبابها ، وكذلك قول «الحاوي» [ص ٦٩١]: (**وأخذت الزكاة والجزية في الإسلام قبل السنة**) هو في الزكاة مفرع على الضعيف .

وقول « المنهاج » [ص ٥٨٠] : (**وتعذر رد اليمين**) أي : بأن لا ينحصر المستحقون في البلد ، أو ينحصروا ويجوز النقل ؛ فإن الرد على السلطان أو الساعي متعذر ، فأما إذا انحصروا ومنعنا النقل . . فإن اليمين لا يتعذر ردها عليهم .

وقوله : (**فالأصح : أنها تؤخذ منه**)[1] قال الأكثرون : ليس ذلك حكماً بالنكول ، ولكن مقتضىٰ ملك النصاب ومضيّ الحول : وجوب الزكاة ، فإذا لم يأت بدافع . . أخذت بمقتضى الأصل ، ولو عدل « المنهاج » عن هـٰذا المثال إلىٰ مثال الجزية ـ وهو ما إذا قال : أسلمت قبل تمام السنة ، وقال العامل : بعد تمامها ـ . . لكان التفريع فيه جارياً **على الأصح** ؛ فإن **الأصح** : أنه يحلف إيجاباً ، وأنه إذا نكل . . يقضي **عليه** بالجزية .

٦٣١٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٠] : (**ولو ادعىٰ ولي صبي ديناً له فأنكر ونكل . . لم يحلف الولي ، وقيل : يحلف ، وقيل : إن ادعىٰ مباشرة سببه . . حُلِّف**) قال في « أصل الروضة » : ميل الأكثرين إلىٰ ترجيح المنع من الأوجه الثلاثة ، ولا بأس بوجه التفصيل ، وقد رجحه أبو الحسن العبادي ، وبه أجاب السرخسي في « الأمالي »[2] .

وعلى التفصيل مشى « الحاوي » فقال [ص ٦٩٠] : (**لا الولي فيما لا بتصرفه كدعواه إتلاف مال الطفل**) وهو الذي في « المنهاج » في الصداق ، فقال [ص ٤٠٢] : (**ولو اختلف في قدره زوج وولي صغيرة أو مجنونة . . تحالفا في الأصح**) ، وكذا في « الروضة » وأصلها هناك[3] .

وقال في « المهمات » : وعليه الفتوىٰ ؛ فقد نص عليه في « الأم » فقال بعد ذكره تحالف الزوجين عند اختلافهما في الصداق : (وهكذا إذا اختلف الزوج وأبو الصبية البكر)[4] .

وشاحح شيخنا الإمام البلقيني « المنهاج » في قوله : (**وقيل : ان ادعىٰ مباشرة سببه**) وقال : المعتبر ادعاء الدين بسبب باشره ، وعبارة « المحرر » و« الروضة » وأصلها : ادعىٰ ثبوته بسبب باشره[5] .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٠) .
(٢) الروضة (١٢/ ٥٠) .
(٣) فتح العزيز (٨/ ٣٣٧) ، الروضة (٧/ ٣٢٦) .
(٤) الأم (٥/ ٧٢) .
(٥) المحرر (ص ٥٠٩) ، فتح العزيز (١٣/ ٢١٧) ، الروضة (١٢/ ٤٩) .

فَصْلٌ
[في تعارض البينتين]

٦٣١٨ـ قول « التنبيه » فيما إذا كان لكل منهما بينة [ص ٢٦٢ ، ٢٦٣] : (**وإن كانت في يدهما أو في يد غيرهما أو لا يد لأحد عليها فقد تعارضت البينتان . . ففي أحد القولين : يسقطان ، والثاني : يستعملان**) **الأظهر** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[١] ، والتسوية بين أن تكون في يدهما أو يد غيرهما طريقة اختارها في « المرشد » ، والمحكي عن النص فيما إذا كانت في يدهما : أنها بينهما ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٥٨٠] : (**ولو كانت في يدهما وأقاما بينتين . . بقيت كما كانت**) ، وفي « أصل الروضة » : إنه الحاصل للفتوىٰ[٢] ، وهنا أمور :

أحدها : أن ظاهر كلامهما تصويرها بأن يدعي كل واحد منهما جميعها ، وكذا في كلام الشافعي والأصحاب ، وحمله في « المطلب » علىٰ أن كلاً منهما يزعم أنها كلها له ، ولكن الدعوىٰ لا تقع عند الحاكم إلا بالنصف ، فلو ادعىٰ بالكل . . لم تسمع دعواه إلا بالنصف الذي في يد غريمه .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهـٰذا إنما يتم إذا لم يكن هناك تعرض لقيمة تبعض ، فيؤدي تبعيضها إلى الجهالة ، وفي « المطلب » : إذا امتزجت الدعوىٰ بدعوى المعارضة . . سمعت في الجميع ؛ بأن يقول : هـٰذه الدار ملكي ، وأستحق عليه رفع يده عن نصفها وترك المنازعة فيها ، ويقول الآخر : لا يستحق ذلك عليّ ، بل كل الدار ملكي وأستحق عليه ترك المنازعة ورفع يده عن نصفها .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ولو قال قائل : تسمع الدعوىٰ بالكل ، والنصف الذي في يد غريمه هو المقصود والنصف الآخر بطريق التبع . . لم يبعد ، وفي « أصل الروضة » عن الأئمة : أن من أقام البينة أولا وتعرض شهوده للكل . . لم يضر ، وإن كان صاحب يد في النصف الذي في يده وقلنا : بينة صاحب اليد لا تسمع ابتداء ؛ لأنه هنا غير مستغن عن البينة للنصف الذي يدعيه ، ثم إذا أقام الثاني البينة على الكل . . سمعت ، وترجحت بينته في النصف الذي في يده ، فيحتاج الأول إلىٰ إعادة البينة للنصف الذي في يده ، وقال في « الوسيط » : لا يبعد أن يتساهل في الإعادة[٣] .

وفي « تصحيح المنهاج » لشيخنا : أن آخر هـٰذا الكلام ينافي أوله ؛ لأن قوله أولاً : إنه تسمع بينته بالكل يقتضي أنه لا يحتاج لإعادتها ، وقد قال آخراً : إنها تعاد ، والذي ذكر الاحتياج إلى الإعادة هو القاضي حسين ، والتساهل المحكي عن « الوسيط » حكاه القاضي حسين عن

---

(١) الحاوي (ص ٦٩٢) ، المنهاج (ص ٥٨٠) .
(٢) الروضة (١٢/ ٥٢) .
(٣) الروضة (١٢/ ٥٣) ، وانظر « الوسيط » (٧/ ٤٣٦ ، ٤٣٧) .

الأصحاب ، قال شيخنا : **والتحقيق الجاري على القواعد** أنه لا تسمع البينتان إذا أقيمتا معاً ، إلا بالنسبة إلىٰ ما كل واحد منهما فيه خارج . . فيحتاج بعد ذلك إلىٰ إقامتها بالنسبة إلىٰ ما كل واحد منهما فيه داخل ، فإن ترتبتا . . سمعت بينة السابق فيما هو خارج فيه دون ما هو داخل فيه ، وبينة المتأخر مطلقاً ؛ لتقدم بينة السابق فيما المتأخر داخل فيه . انتهىٰ .

ثانيها : أن قول « المنهاج » [ص ٥٨٠] : (**بقيت كما كانت**) يقتضي أن الحكم باليد ؛ لأنها التي كانت قبل قيام البينتين ، وليس كذلك ، وإنما تبقىٰ بالبينة القائمة ، والفرق بينهما الاحتياج إلى الحلف في الأول دون الثاني ، قاله شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وبسطه .

ثالثها : صورة ما إذا لم يكن لأحد يد عليها ليست في « المنهاج » ولا « الحاوي » ولا « الروضة » وأصلها ، قال في « المهمات » : وكأن صورته فيما إذا كان عقاراً أو متاعاً ملقىً في الطريق وليسا عنده[١] .

٦٣١٩ـ قولهما تفريعاً على الاستعمال ـ والعبارة « للمنهاج » ـ : (**ففي قول : تقسم ، وقول : يقرع ، وقول : توقف حتىٰ يتبين أو يصطلحا**)[٢] فيه أمور :

أحدها : أنهما لم يبينا الراجح منها ، وكأن عدم الاعتناء بذلك ؛ لتفريعها على الضعيف ، وفي « المهمات » : أن **الصحيح منها** : الوقف ، جزم به الرافعي والنووي في أوائل التحالف ، وفي « التوشيح » : إنه الذي يظهر ترجيحه ، وقال الإمام : إنه الأعدل[٣] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وليس كذلك ؛ فإن ترك الخصمين بلا قطع منازعة ليس في الشريعة ، بل على المجتهد الإمعان في النظر والأخذ بالترجيح المعتبر ، قال : فإن قيل : فقد قال الربيع : إنه آخر قول الشافعي وهو أصوبها . . قلنا : يعني به : أن الشافعي ذكره آخراً ، لا أنه رجحه ، وقول الربيع : هو أصوبها ، ممنوع ، إلا إن حمل على التساقط ، قال شيخنا : وظهر من كلام الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في القديم والجديد أن القول بالقرعة أصح من القول بالقسمة .

ثانيها : أنهما لم يبينا أن هـٰذا الخلاف في الأولوية أو التعين ، وحكىٰ فيه الإمام وجهين ، فإن جعلناه في التعين . . لم يحمل عند تعذر واحد عند القائل به على الباقي ، بل تسقط البينتان ، وإن جعلناه في الأولوية . . حمل عليه ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأرجح** : الحمل علىٰ ما يمكن من بقيه أقوال الاستعمال .

---

(١) انظر « حاشية الرملي » (٤/٤٠٧) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٦٣) ، و« المنهاج » (ص ٥٨٠) .

(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٩/١٠٦) .

ثالثها : اتفقت الأقوال الثلاثة على انتزاع العين ممن هي في يده كما دلت عليه عبارة « الروضة » وأصلها[1] .

رابعها : قد يفهم من قولهما : (**تقسم**) أنها قسمة تمييز ، وليس كذلك ، والمراد : أنه يجعل بينهما نصفين .

خامسها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وإنما تجري أقوال الاستعمال في الأعيان المملوكة أو الحقوق من منفعة أو رهن أو اختصاص ، ولا يجري في البضع والقصاص ، فإذا تنازع اثنان زوجية امرأة وأقام كل منهما بينة . . استحالت القسمة ، ولا تدخل القرعة **في الأصح** ، ويجيء الوقف على **الأرجح** عند مثبته ، وإذا قتل اثنين على الترتيب وأقام وارث كل منهما بينة أنه قتل مورثه أولاً ؛ ليقتص منه . . استحالت القسمة ، وتدخل القرعة كما لو قتلهما معاً ، وفي الوقف ما تقدم .

سادسها : لا يأتي قول الوقف فيما إذا كانت العين في يدهما ، وفي مجيء القرعة وجهان ، ولا يرد ذلك على « المنهاج » لأنه إنما حكىٰ ذلك فيما إذا كانت العين في يد ثالث .

٦٣٢٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦٣] : (**وهل يحلف مع القرعة ؟ فيه قولان**) ليس فيهما ترجيح في كلام الرافعي والنووي[2] ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وفي « الأم » ما يقتضي تصحيح الحلف ؛ لأنه اقتصر عليه ، ولم يحك غيره ، واحتج له ، وذلك يقتضي أرجحيته ، بل تعينه ، ونص الشافعي علىٰ أنه يحلف أن شهوده شهدوا بحق ، وفي الأثر عن عليّ : أنه يحلف أنه ملكه ، وهو **الأرجح** .

وقال في « التوشيح » : الذي يظهر ترجيح التحليف ؛ لأنهم رجحوا وجوب التحليف في الدعوىٰ علىٰ يتيم أو غائب أو ميت استظهاراً ، ولا معارض ، فما ظنك حيث معارض ، ولكن الأوفق لظاهر لفظ الغزالي كما قال الرافعي : ترجيح مقابله[3] .

٦٣٢١ـ قولهم ـ والعبارة لـ « المنهاج » ـ : (**ولو كانت بيده فأقام غيره بينة وهو بينة . . قُدِّم صاحب اليد**)[4] محله : ما إذا لم يقل الخارج : اشتريته منك ، فإن قال ذلك وأقام عليه بينة . . قدمت بينة الخارج ، وقد ذكره « المنهاج » بعد ذلك[5] ، وفي معناه : ما إذا أقام الخارج بينة بأن الداخل غصبه منه أو استعاره أو استأجره ، وظاهر « المنهاج » و« الحاوي » تقديم صاحب اليد من

---

(١) فتح العزيز (١٣/ ٢١٩) ، الروضة (١٢/ ٥١) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٢٢١) ، و« الروضة » (١٢/ ٥١) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٢٢١) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٦٢) ، و« الحاوي » (ص ٦٩٢) ، و« المنهاج » (ص ٥٨٠) .
(٥) المنهاج (ص ٥٨١) .

غير يمين ، وهو الأصح[1] ، وفي « التنبيه » [ص ٢٦٢] : (**إنه المنصوص**) أي : في القديم كما قال الرافعي وغيره[2] .

٦٣٢٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٠] : (**ولا تسمع بينته إلا بعد بينة المدعي**) يفهم سماعها قبل تزكيتها ، وهو **الأصح** ، وقد ذكره « الحاوي »[3] ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : عندي أن **الأرجح** : أنها لا تسمع إلا **بعد** تعديل بينة الخارج ، وهو مقتضىٰ نص « الأم » ، وحمل شيخنا المذكور منع إقامتها قبل بينة المدعي علىٰ ما إذا لم يكن في إقامتها دفع ضرر عن الداخل بتهمة سرقة ونحوها ، فإن كان.. فالذي تقتضيه القواعد سماعها قبل إقامة الخارج البينة لدفع ضرر تهمة السرقة ، قال : فإذا أقام الخارج البينة.. فهل يحتاج الداخل إلىٰ إقامة البينة ؟ هـٰذا محتمل ، [**والأرجح**][4] : الاحتياج إلى الإعادة . انتهىٰ .

٦٣٢٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٠ ، ٥٨١] : (**ولو أزيلت يده ببينة ، ثم أقام بينة بملكه مستنداً إلىٰ ما قبل إزالة يده واعتذر بغيبة شهوده.. سمعت وقُدِّمت**) مقتضاه : اشتراط الاعتذار بغيبة الشهود ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : عندي أنه ليس بشرط ، والعذر إنما يطلب إذا ظهر من صاحبه ما يخالفه كمسألة المرابحة .

قلت : ولهـٰذا لم يتعرض له « الحاوي »[5] ، بل اقتصر علىٰ قوله : (**وإن زالت ببينة الخارج**)[6] ، وقد يقال : إن ذكر « المنهاج » ذلك علىٰ سبيل التصوير دون الاشتراط .

٦٣٢٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨١] : (**وقيل : لا**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لا أُثبته ، **والصواب** عندي القطع بالأول .

٦٣٢٥ـ قول « الحاوي » [ص ٦٩٢] : (**ومقرِّه**) معطوف على الضمير المجرور في قوله : (**بيده**)[7] أي : يقدم بيد مقره ، فلو أقام خارجان بينة فأقر صاحب اليد لأحدهما.. قدمت بينته ، وهو محمول علىٰ ما إذا أقر قبل تمام البينتين ، فإن أقر بعده.. لم يترجح إلا علىٰ قول التساقط ، وهو القديم والجديد أنهما يستعملان إما بالوقف إلى الصلح أو بالقسمة أو بالقرعة .

---

(١) الحاوي (ص ٦٩٣) ، المنهاج (ص ٥٨١) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٢٣٦) .

(٣) الحاوي (ص ٦٩٢) .

(٤) في (ج) : (والأصح) .

(٥) قال في « فتح الوهاب » (٢/ ٤٠٥) : (ويجاب : بأنه إنما شرط هنا وإن لم يظهر من صاحبه ما يخالفه ؛ لتقدم الحكم بالملك لغيره ، فاحتيط بذلك ؛ ليسهل نقض الحكم ، بخلاف ما مر) .

(٦) الحاوي (ص ٦٩٢) .

(٧) الحاوي (ص ٦٩٢) .

٦٣٢٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨١] : **(ومن أقر لغيره بشيء ثم ادعاه . . لم تسمع إلا أن يذكر انتقالاً)** يرد عليه مسائل :

منها : ما في « أصل الروضة » في الهبة عن النص : لو قال : وهبته له وملكه . . لم يكن إقراراً بلزوم الهبة ؛ لجواز أن يعتقد لزومها بالعقد ، والإقرار يحمل على اليقين[1] ، وحكاه في « أصل الروضة » في الإقرار عن البغوي[2] ، فلو قال : هو ملكه ولم ينسبه إلىٰ هبة ، ثم قال : كان إقراري عن هبة لم تقبض . . فيحتمل أنه كالذي قبله .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأرجح** : أنه لا يقبل ، بخلاف إقرار الأب في عين أنها ملك ولده ، ثم فسره بأنه عن هبة وأراد الرجوع . . فله ذلك على **الأرجح** ؛ لأن الملك حاصل للولد على التقديرين ، بخلاف صورة الأجنبي ، ولو أقر بالهبة والقبض ثم قال لم يكن إقراري عن حقيقة ، فحلفوه ؛ فإن ذكر تأويلاً ككتاب من وكيله ظهر زوره . . حلف قطعاً ، وإلا . . فعلى **الأصح** ، وفي « المنهاج » في الإقرار [ص ٢٨٤] : **(لو أقر ببيع أو هبة وإقباض ثم قال : « كان فاسداً وأقررت لظني الصحة » . . لم يقبل ، وله تحليف المقر له)** ، وكذا هو في « الروضة » وأصلها[3] .

ومنها في الحوالة : لو باع عبداً وأحال بثمنه ثم قامت بينة بحريته . . قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : قالوا : إن تلك البينة لا يمكن أن يقيمها المتعاقدان ؛ لأنهما كذباها بدخولهما في العقد ، وهو مرجوح ، **والأرجح** : يقيمها من ذكر عند ذكر التأويل .

ومنها في الدعوىٰ : إذا باع شيئاً ثم ادعىٰ أنه وقف . . ففي « أصل الروضة » عن « فتاوى القفال » وغيره : لا تسمع بينته ، قال شيخنا المذكور : والتقييد بالبينة يشعر بسماع دعواه وتحليف خصمه ، وقال العراقيون : تسمع بينته أيضاً إذا لم يصرح بأنه ملكه ، بل اقتصر على البيع ، وقال الروياني : لو باع شيئاً ثم قال : بعته وأنا لا أملكه ثم ملكته بالإرث من فلان ؛ فإن قال حين باع : هو ملكي . . لم تسمع دعواه ولا بينته ، وإن لم يقل ذلك بل اقتصر علىٰ قوله : بعتك . . سمعت دعواه فإن لم يكن له بينة . . حلف المشتري أنه باعه وهو ملكه ، قال : وقد نص عليه في « الأم » ، وغلط من قال غيره ، وكذا لو ادعىٰ أن المبيع وقف عليه . انتهىٰ[4] .

قال شيخنا : وينبغي عند ذكر التأويل أن تسمع دعواه للتحليف وتسمع بينته كما سبق في غيره .

---

(١) الروضة (٥/٣٧٨) .

(٢) الروضة (٤/٤٠٠) .

(٣) فتح العزيز (٥/٣٣٩) ، الروضة (٤/٤٠١) .

(٤) الروضة (١٢/٩٧) .

٦٣٢٧ـ قوله : **(ومن أخذ منه مال ببينة ثم ادعاه . . لم يشترط ذكر الانتقال في الأصح)**[١] فيه أمران :

أحدهما : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محله : ما إذا شهدت البينة بالملك وأطلقت أو أضافت إلىٰ سبب لا يتعلق بالمأخوذ منه ، فإن أضافته إلىٰ سبب يتعلق بالمأخوذ منه ، كبيع أو هبة مقبوضة صدرت منه . . فهو كالإقرار ، وقد سبق .

ثانيهما : قال شيخنا أيضاً : محل الخلاف : في غير الداخل والخارج كما تقدم في « المنهاج » ، فلا يحتاج في ذلك التصوير إلىٰ ذكر الانتقال بلا خلاف ، وحينئذ . . يستشكل محل الوجهين ، فإن قيل : محلهما فيما إذا لم يكن للداخل يد لقيام البينة بأنه غاصب العين أو مستعيرها أو مستأجرها من المدعي وقلنا بالأصح : أن بينة الخارج هنا مقدمة .

قلنا : هـٰذا لا تسمع دعواه إلا بذكر التلقي قطعاً ؛ لئلا تتكرر الخصومة في الواقعة لا إلىٰ نهاية ، قال : ولم أقف على الوجهين في أصل المسألة إلا في كلام الإمام والغزالي ، ويمكن حملهما على الصورة الأخيرة ، فإن قلنا بتقديم بينة الخارج . . لم تسمع إلا بذكر التلقي ، أو بتقديم بينة الداخل . . سمعت ، وهـٰذا نهاية الخصومة .

٦٣٢٨ـ قوله : **(والمذهب : أن زيادة عدد شهود أحدهما لا ترجح)**[٢] أراد به ترجيح طريقة القطع ؛ فإنه قال في « الروضة » : **المذهب** : لا ترجيح ، وقيل : قولان[٣] .

لكن الذي في الرافعي : أن **الأشهر** طريقة القولين[٤] .

نعم ؛ نقل الماوردي طريقة القطع عن الأكثرين ، وفي معنىٰ زيادة العدد : ما لو زاد جانب تورع أو فقه .

٦٣٢٩ـ قوله : **(وكذا لو كان لأحدهما رجلان وللآخر رجل وامرأتان)**[٥] أي : يجري الطريقان .

٦٣٣٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦٣] : **(وإن كانت بينة أحدهما شاهدين وبينة الآخر شاهداً ويميناً . . ففيه قولان ، أحدهما : أنه يقضي به لصاحب الشاهدين ، والثاني : أنهما سواء ، فيتعارضان)** **الأظهر** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[٦] ، ومحله : ما إذا لم يكن لصاحب

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٨١) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٨١) .
(٣) الروضة (١٢/ ٥٨) .
(٤) فتح العزيز (١٣/ ٢٣٢) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٥٨١) .
(٦) الحاوي (ص ٦٩٢) ، المنهاج (ص ٥٨١) .

الشاهد واليمين يد ، فإن كان . . قدم الشاهد واليمين **على الأصح** ، وعليه تدل عبارة « الحاوي » فإنه قدم باليد ، ثم قال : (**ثم شاهدان علىٰ واحد ويمين**)[1] فدل علىٰ أن ترجيح الشاهدين على الواحد واليمين محله حيث لا يد .

٦٣٣١ـ قولهم ـ والعبارة لـ « المنهاج » ـ : (**ولو شهدت لأحدهما بملك من سنة وللآخر من أكثر : فالأظهر : ترجيح الأكثر**)[2] كذا هو في « أصل الروضة » هنا[3] ، لكن في باب اللقيط : إن البينتين على الالتقاط ، إذا قيدنا بتاريخين مختلفين . . قدم السابق ، بخلاف المال ؛ فإنه لا يقدم فيه بسبق التاريخ **على الأظهر**[4] .

وقال شيخنا ابن النقيب : الصواب المذكور هنا ، وكأن ما في اللقيط سبق قلم من الرافعي أو من النساخ ، فمشىٰ عليه النووي من غير تأمل ؛ ويؤيده أن الذي في « الشرح الصغير » في باب اللقيط في أحد القولين : لا أصحهما[5] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وقد يحمل على الأظهر عند جماعة : لا الأظهر مطلقاً ، أو يحمل علىٰ أنه لا يقدم بسبق التاريخ **على الأظهر** مع وجود يد لمتأخر التاريخ .

وصورة المسألة : أن تكون العين في يدهما أو يد غيرهما ، فإن كانت في يد متقدم التاريخ . . رجح قطعاً ، أو في يد متأخر التاريخ . . فسيأتي .

ويستثنىٰ من محل الخلاف أيضاً : ما إذا تعرضت البينتان لسبب الملك ونسبته إلىٰ واحد ؛ كما لو شهدت بينة أنه اشتراه من زيد من سنة وبينة الآخر أنه اشتراه من زيد منذ سنتين . . فتقدم متقدمة التاريخ قطعاً ، وقد ذكره « التنبيه » و« المنهاج » بعد ذلك .

٦٣٣٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨١] : (**ولصاحبها الأجرة والزيادة الحادثة من يومئذ**) يعني : من يوم الأكثر .

يستثنىٰ منه : ما إذا كانت العين في يد البائع قبل القبض . . فإنه لا أجرة للمشتري على البائع **على الأصح** عند النووي في البيع والصداق[6] ، لكن **صحح** شيخنا الإمام البلقيني : إيجاب الأجرة عليه ، قال : ومقتضىٰ كلامه : أنه لا يستحق الحمل ؛ لأنه زائد قبل يومئذ ، وليس كذلك فسيأتي أنه لو أقام بينة بملك دابة . . يستحق الحمل في **الأصح** .

---

(١) الحاوي (ص ٦٩٢) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٦٣) ، و« الحاوي » (ص ٦٩٢) ، و« المنهاج » (ص ٥٨١) .
(٣) الروضة (١٢/ ٦٢) .
(٤) الروضة (٥/ ٤٤٢) .
(٥) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ٣٢٠) .
(٦) انظر « الروضة » (٣/ ٥٠١) .

٦٣٣٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦٣] : (**وإن شهدت بينة أحدهما بالملك والنتاج في ملكه وبينة الآخر بالملك وحده.. فقد قيل : بينة النتاج أولىٰ ، وقيل : علىٰ قولين كالمسألة قبلها**) الطريق الثانية هي الصحيحة ، **والأصح** منها : أن بينة النتاج أولىٰ ، وعليه مشى « الحاوي » بقوله [ص ٦٩١] : (**قدمت المضيفة**) .

٦٣٣٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨١] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٦٩٢] : (**ولو أطلقت بينة وأرخت بينة.. فالمذهب : أنهما سواء**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه ممنوع نقلاً ودليلاً ؛ أما الدليل.. فإن مقيم البينة بالملك من بينة مثلاً يستحق الأجرة والزيادة من ذلك الوقت ، بخلاف مقيم البينة المطلقة ، فتقدم المؤرخة كما تقدم السابقة لهـٰذا المعنىٰ ، وأما النقل.. فقد نص الشافعي علىٰ تقديم بينة النتاج علىٰ بينة الملك المطلق ، وكلام الشيخ أبي حامد علىٰ ترجيح المؤرخة على المطلقة ، ولم أقف علىٰ ترجيح التسوية مع التفريع في المؤرختين علىٰ ترجيح متقدمة التاريخ ، ثم بسط ذلك .

٦٣٣٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦٣] : (**فعلىٰ هـٰذا : إن كان مع أحدهما بينة بالملك القديم ومع الأخرىٰ يد.. فقد قيل : صاحب اليد أولىٰ ، وقيل : صاحب البينة بالملك القديم أولىٰ**) **الأصح** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[1] ، ونص عليه الشافعي .

واعلم : أنه لو كانت متقدمة التاريخ شاهدة بوقف والمتأخرة التي معها يد شاهدة بملك أو وقف.. قدمت التي معها يد ، قاله النووي في « فتاويه »[2] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وعليه جرى العمل ما لم يظهر أن اليد عادية باعتبار ترتبها علىٰ بيع صدر من أهل الوقف أو بعضهم بغير سبب شرعي.. فهناك يقدم العمل بالوقف .

٦٣٣٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦٤] : (**وإن ادعىٰ عينا في يد زيد وأقام بينة بملك متقدم ؛ فإن شهدت البينة بأنها ملكه أمس.. لم يحكم له حتىٰ تشهد البينة أنه أخذها منه زيد** ـ أي : بما لا يزيل الملك كعارية وغصب ـ **وقيل فيه قولان**) الجمهور كما في « أصل الروضة » علىٰ **ترجيح** طريقة القولين[3] ، وقول « المنهاج » عطفاً علىٰ ما عبر فيه بالمذهب [ص ٥٨١] : (**وأنها لو شهدت بملكه أمس ولم تتعرض للحال.. لم تسمع حتىٰ يقولوا** : « **ولم يزل ملكه** » ، **أو** « **لا نعلم مزيلاً له** ») يحتمل الطريقين معاً ، وعبارة « الحاوي » [ص ٦٧٦] : (**ولو شهد بملكه بلا أعلم مزيلاً**) وهنا أمور :

---

(١) الحاوي (ص ٦٩٢) ، المنهاج (ص ٥٨١) .
(٢) فتاوى النووي (ص ١٦٦) ، مسألة (٢٩٦) .
(٣) الروضة (١٢/٦٣) .

أحدها : نازع شيخنا في « تصحيح المنهاج » في هـٰذا الترجيح ، وقال : **المذهب المعتمد** : قبول الشهادة بالملك المتقدم ، وبسط ذلك ، ثم حكىٰ قول صاحب « المطلب » : **الصحيح بالاتفاق** : عدم سماع البينة بالملك القديم ، ومنعه ، وقال : الذي نقله الماوردي عن الأصحاب يقتضي القطع بسماع البينة بالملك القديم ، وفي « التنقيح » لشيخنا الإسنوي : فيه تعارض مذكور في (الإقرار) من « الجواهر » ، وهـٰذا الباب من « المهمات » .

قلت : التعارض إنما هو في قول المقر : كان لفلان عليّ ألف ؛ ففي زيادة « الروضة » في الإقرار : ينبغي أن يكون **الأصح** : أنه ليس إقراراً[1] ، وفي « أصل الروضة » هنا : **الأصح** : أنه يؤاخذ به[2] .

ثانيها : يستثنىٰ من عدم سماعها مسائل :

إحداها : إذا شهدت أن هـٰذا المملوك وضعته أمته في ملكه أو هـٰذه الثمرة أثمرتها نخلته في ملكه ولم يتعرض لملك الولد والثمرة في الحال . . سمعت كما نص عليه ، وذكره « التنبيه » ثم قال : (**وقيل : هو كالبينة بالملك المتقدم**)[3] .

الثانية : إذا شهدت أن هـٰذا الغزل من قطنه كما نص عليه ، وذكره « التنبيه » أيضاً ، وذكر معه : ما إذا شهدت أن الطير من بيضه والآجر من طينه[4] .

الثالثة : إذا شهدت أنها ملكه أمس اشتراها من المدعىٰ عليه بالأمس . . قبلت قطعاً ، وقد ذكره « الحاوي »[5] ، وفي « أصل الروضة » في الفروع المنثورة آخر الدعاوىٰ : لو شهدوا أن هـٰذه الدار اشتراها المدعي من فلان وهو يملكها ، ولم يقولوا : هي الآن ملك المدعي . . ففي قبول شهادتهم قولان كما لو شهدوا أنها كانت ملكه أمس ، والمفهوم من كلام الجمهور قبولها[6] .

الرابعة : إذا ادعىٰ علىٰ شخص يسترق عبداً بأن هـٰذا كان عبدي فأعتقته وأقام علىٰ ذلك بينة . . سمعت ، وإن كانوا لا يثبتون له في الحال ملكاً ؛ لأنهم يشهدون علىٰ وفق دعواه وهو لا يدعي الملك لنفسه في الحال ، وحكى « التنبيه » في ذلك خلافاً فقال [ص ٢٦٤] : (**قيل : يقضىٰ بها ، وقيل : كالبينة بملك متقدم**) ، وقد عرفت أن **الأصح** : الأول .

ثالثها : الاكتفاء بقوله : (لا أعلم له مزيلاً) حكاه في « الوسيط » عن القاضي حسين ، ثم

---

(١) الروضة (٤/ ٣٦٧) .
(٢) الروضة (١٢/ ٦٤) .
(٣) التنبيه (ص ٢٦٤) .
(٤) التنبيه (ص ٢٦٤) .
(٥) الحاوي (ص ٦٧٦) .
(٦) الروضة (١٢/ ٩٥) .

قال : وأكثر الأصحاب علىٰ أنه لا بد من الجزم في الحال[1] ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وعليه جرىٰ شراح « الوسيط » ، وهو فقه ظاهر .

٦٣٣٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨١] : (**وتجوز الشهادة بملكه الآن استصحاباً لما سبق من إرث وشراء وغيرهما**) قد يفهم أنه لا يكفي الشهادة بأنه مات مورثه وهو مالك له ، أو بائعه بايعه وهو مالك له ، وليس كذلك ؛ فقد تقدم من كلام « الروضة » أن المفهوم من كلام الجمهور القبول[2] ، وقد يفهم من قوله : (**استصحاباً لما سبق**) أنه لو صرح في شهادته بأنه اعتمد في ذلك الاستصحاب . . كفىٰ وليس كذلك ؛ فالأكثرون كما في « الشرح الصغير » علىٰ عدم القبول ، وفي « الروضة » وأصلها : قال الغزالي : قال الأصحاب : لا تقبل ، وقال القاضي حسين : تقبل[3] ، وإلىٰ ذلك الإشارة بقول « الحاوي » [ص ٦٧٦] : (**لا إن اعتقد ملكه بالاستصحاب**) .

وفي « المهمات » : إن تصوير المسألة بذلك تحريف ، وصورة الخلاف بين الأصحاب والقاضي كما في « النهاية » : أن لا يشهد بالملك في الحال ، بل بملك متقدم ، ويذكر معه من استمرار الأحوال ما يسوغ له الشهادة به في الحال[4] ، ويدل علىٰ تحريفه قول الغزالي في الاستدلال عليه : كما لا تقبل شهادة الرضاع علىٰ صورة الامتصاص وحركة الحلقوم[5] ؛ فإن نظيره هنا الشهادة على استمرار الأحوال ونظير الشهادة في الحال ، وذكر أن معتمده الاستصحاب أن يشهد على الرضاع ، ويذكر أن معتمده امتصاص الثدي وحركة الحلقوم .

٦٣٣٨ـ قول « الحاوي » [ص ٦٧٦] : (**ولو شهد بإقراره أمس أو يده**) وما ذكره في اليد تبع فيه « الوجيز » فإنه قال : لا خلاف في قبول الشهادة باليد في الماضي[6] ، **والأصح** : أنه لا يحكم بها إلا أن : يقول كان في يد المدعي فأخذه المدعىٰ عليه منه أو غصبه ؛ ولذلك اقتصر « المنهاج » على الشهادة بإقراره أمس بالملك[7] .

٦٣٣٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨١] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٦٧٦] : (**ولو أقامها بملك دابة أو شجرة . . لم يستحق ثمرة موجودة ، ولا ولداً منفصلاً**) فيه أمور :

أحدها : قيد شيخنا في « تصحيح المنهاج » الثمرة الموجودة بأن لا تدخل في البيع ؛ لكونها

---

(١) الوسيط (٧/٤٣٩) .

(٢) الروضة (١٢/٩٥) .

(٣) الروضة (١٢/٦٣) .

(٤) نهاية المطلب (١٩/١٥٠) .

(٥) انظر « الوسيط » (٧/٤٣٩) .

(٦) الوجيز (٢/٢٦٥) .

(٧) المنهاج (ص ٥٨١) .

مؤبرة في ثمر النخل أو بارزة في التين والعنب ونحو ذلك ، فإن دخلت في مطلق بيع الشجرة . . استحقها مقيم البينة بملك الشجرة ، قال : وكلام الأصحاب شاهد له ، ثم حكىٰ تعبير « النهاية » بقوله : وثمرتها بادية ، وأنه علل ذلك بأنها لا تتبعها في البيع المطلق[1] ، وفي « المطلب » : المراد بالبادية : الثمرة المؤبرة ؛ لأنها لا تتبع في البيع ؛ ففي الشهادة أولىٰ . انتهىٰ .

وعبر « الحاوي » بالثمرة البادية[2] .

ثانيها : في « الكفاية » حكىٰ عن الشيخ عز الدين بن عبد السلام أنه قال : من شرط سماع الشهادة في حقوق الآدميين . . تقدم الدعوى الصحيحة عليها وموافقة الشهادة لها ، وقضية ذلك : أن يحكم بالملك قبيل الدعوىٰ ؛ لأن من شرط صحة الدعوىٰ . . تقدم الملك عليها ؛ فإنها لا تنشىء الملك ، وإلا . . لكان الحكم مرتباً علىٰ دعوىٰ لم يحكم بصحتها ، ولا وافقتها البينة ؛ فإن المدعي عند الزوال من يوم الجمعة تتضمن دعواه وجود الملك في تلك الحالة وقبلها ، فإذا أقام البينة عند الزوال من يوم السبت ولم يحكم بالملك إلا قبيل الشهادة . . كانت الشهادة بما لم تضمنه الدعوىٰ ، فينبغي أن لا تسمع كما قاله الأصحاب في الشهادة بالملك المتقدم .

قال في « الكفاية » : وقد يجاب بأن ما ذكره الأصحاب سلكوا فيه طريق التحقيق ؛ فإنه لا يتحقق تضمن شهادتهم نقل الملك في أكثر من الزمن المذكور ، واحتمال تقدم الملك على الدعوىٰ لا ينكر ، وهو الكافي في سماع الشهادة ؛ لأن المعتبر في صحة الدعوى التي يترتب عليها سماع الشهادة انتظامها وإمكانها ظاهراً ، لا موافقتها ما في نفس الأمر ، وأيضاً : فإن الشهادة لا تقام إلا بطلب المدعي ، فتقدمه عند طلبه أداء الشهادة كأنه مدع للملك ذلك الوقت أيضاً ، فلم تقع الشهادة مخالفة للدعوىٰ[3] .

ثالثها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : البينة لا تنقل الملك بمجرد شهادتها إلا في سلب القتيل في جهاد الكفار ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام علق استحقاق القاتل للسلب بأن يكون له عليه بينة ، وإلا . . يلزم أن تقع في الغنيمة التي أحلت لهـٰذه الأمة شُبَه من جهة الأسلاب التي لا بينة للقاتلين عليها .

٦٣٤٠ـ قولهما أيضاً ـ والعبارة لـ « المنهاج » ـ : **(ولو اشترىٰ شيئاً فأخذ منه بحجة مطلقة . . رجع علىٰ بائعه بالثمن ، وقيل : لا ، إلا إذا ادعىٰ ملكاً سابقاً على الشراء)**[4] فيه أمور :

---

(١) نهاية المطلب (١٩/ ١٥٠) .

(٢) الحاوي (ص ٦٧٦) .

(٣) انظر « حاشية الرملي » (٤/ ٤١٢) .

(٤) انظر « الحاوي » (ص ٦٧٦) ، و« المنهاج » (ص ٥٨٢) .

أحدها : المراد بالحجة هنا : البينة دون الإقرار واليمين المردودة ولو جعلت كالبينة .

ثانيها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لا حاجة لقوله : (**مطلقة**) ، بل لو كانت مسندة إلىٰ زمان بعد البيع الصادر من بائعه له . . فإنه يرجع علىٰ بائعه بالثمن علىٰ مقتضىٰ كلام الأصحاب خلافاً للقاضي حسين ؛ لأن المستندة إلىٰ ذلك الزمان حكمها بالنسبة لما قبله حكم المطلقة .

ثالثها : محل الرجوع : ما لم يصدقه علىٰ أنه ملكه ، فإن صدقه . . لم يرجع بالثمن عليه ؛ لاعترافه بما يقتضي أنه مظلوم ، فلو قاله في الخصومة . . رجع في **الأصح** .

رابعها : محل الوجه الثاني : ما إذا كان ذلك بعد قبض المشتري المبيع ، فإن لم يقبضه . . رجع بالثمن بلا خلاف إنزالاً لذلك منزلة هلاك المبيع قبل القبض ، قاله شيخنا في « تصحيح المنهاج » .

خامسها : **رجح** شيخنا في « تصحيح المنهاج » الوجه الثاني ، فقال : **إنه الصواب المتعين** ، **والمذهب** الذي لا يجوز غيره ، قال : وحكى القاضي حسين الأول عن الأصحاب ، ثم قال : إنه في غاية الإشكال ، قال شيخنا : ونقله عن الأصحاب لا يعرف في كتاب من كتب الأصحاب في الطريقين قبل القاضي ولا بعده ، إلا في كلام الإمام والغزالي ومن تبعهما حكاية عن القاضي[1] ، ولم يذكره البغوي والخوارزمي ، وهي طريقة غير مستقيمة جامعة لأمر محال ؛ وهو أنه يأخذ النتاج والثمرة والزوائد المنفصلة كلها ، وهو قضية صحة البيع ، ويرجع على البائع بالثمن ، وهو قضية فساد البيع ، وهـٰذا محال وخرق عظيم ، وظواهر نصوص الشافعي وكلام الأصحاب يبطله ، ثم بسط ذلك .

سادسها : الاستثناء في قوله : (**إلا إذا ادعىٰ ملكاً سابقاً على الشراء**) منقطع لعدم دخوله في قوله : (**أخذ منه بحجة مطلقه**) .

سابعها : لا يختص ذلك بالملك السابق على الشراء ، بل يأتي في المقارن للشراء ؛ بأن يقع من وكيلين أو مالك ووكيل ، وفي الحادث بعد الشراء في زمن ثبوت الخيار للبائع ، فإنه إذا صدر من البائع . . يصح ويكون فسخاً للبيع ، قاله شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، قال : ولو قال : (إلا إذا ثبت شيء يبطل البيع الصادر من البائع للمشتري) . . كان شاملاً حسناً .

٦٣٤١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٢] : (**ولو ادعىٰ ملكا مطلقاً فشهدوا له مع سببه . . لم يضر**) أي : لا تبطل شهادتهم بذلك ، لكن لا تقدم هـٰذه البينة بذكر السبب بناء علىٰ أن ذكر السبب مرجح ؛ لأنهم ذكروا السبب قبل الدعوىٰ به والاستشهاد عليه ، فإن أعاد دعوى الملك وسببه فشهدوا بذلك . . رجحت حينئذ .

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٩/١٥٢) ، و« الوجيز » (٢/٢٦٥) .

فَصْلٌ

[في اختلاف المتداعيين في العقود]

٦٣٤٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٢] : (**قال : « أجرتك البيت بعشرة » ، فقال : « بل جميع الدار بالعشرة » ، وأقاما بينتين . . تعارضتا ، وفي قول : يقدم المستأجر**) فيه أمور :

أحدها : قد يفهم من قوله : (**تعارضتا**) مجيء قول القسمة والوقف على الاستعمال ، وليس كذلك على **المشهور** .

ثانيها : محل ذلك : **ما** إذا أطلقت البينتان أو إحداهما أو اتحد **تاريخهما** ، فإن اختلف ؛ بأن شهدت إحداهما أنه أجر كذا سنة من أول رمضان والأخرىٰ من أول شوال . . قدم الأسبق **في الأصح** ؛ لعدم المعارض حال السبق ، وفي قول : المتأخر لفسخه الأول ؛ فربما تخللت إقالة .

وأورد عليه شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ما إذا كانت الأولىٰ على **البيت** . . فالثانية صحيحة أيضاً في غير البيت بناء علىٰ تفريق الصفقة ، وهو **الأصح** ، وأجاب الرافعي عن ذلك : بأن هـٰذا يقتضي ترجيح الأولىٰ[1] ، وفيه نظر ؛ فلا تنافي بينهما فيما زاد على البيت تفريعاً علىٰ تفريق الصفقة .

ثالثها : قال الرافعي : لك أن تقول : وجب أن يقال : موضع التعارض في البينتين المطلقتين واللتين إحداهما مطلقة والأخرىٰ مؤرخة : ما إذا اتفقا علىٰ أنه لم يجر إلا عقد واحد ، فإن لم يتفقا عليه . . فلا تنافي بين البينتين ؛ لجواز أن يكون تاريخ المطلقتين مختلفاً ، وتاريخ المطلقة غير تاريخ المؤرخة ، وإذا لم يكن تنافٍ . . ثبت أكثر الزيادة بالبينة الزائدة[2] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لا يجوز أن يقال ذلك ؛ لأنهما إذا لم يتفقا . . فتارة يتعرضان لتعدد العقد وتارة لا يتعرضان لاختلاف ولا اتفاق ، وقوله : (لجواز أن يكون تاريخ المطلقتين مختلفاً) قلنا : ويجوز أن يكون متفقاً ، فلم عينت احتمال الاختلاف ؟ وقوله : (وأن يكون تاريخ المطلقة غير تاريخ المؤرخة) قلنا : ويجوز أن يكون تاريخ المطلقة هو تاريخ المؤرخة ، وقوله : (وإذا لم يكن تناف ثبت أكثر الزيادة بالبينة الزائدة) قلنا : هـٰذا رجوع إلىٰ قول ابن سريج الذي هو خلاف النص المعتمد[3] .

رابعها : تقديم المستأجر ليس قولاً منصوصاً ، وإنما هو ترجيح ابن سريج ، ومحله : في غير مختلفي التاريخ ، وتقدم في مختلفي التاريخ تقديم الأسبق أو المتأخر ، ومحلها : إذا لم يتفقا علىٰ

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٢٥١) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٢٥٢) .

(٣) انظر « حاشية الرملي » (٤/ ٤١٤) .

أنه لم يجر إلا عقد واحد ، فإن اتفقا عليه . . تعارضتا ، حكاه في « أصل الروضة » عن صاحب « التقريب » وغيره[1] ، وخص الماوردي تقديم المستأجر بأن تكونا مطلقتين ، وفي « المطلب » : أنه لا يظهر للتفرقة بين المطلقتين ومتفقتي التاريخ وجه ، لأنه لا بد من تعيين المدة ، وإذا لم يكن تاريخهما واحداً . . لم يكن بينهما تعارض في كل المدة ، إذ من شرط العقد أن تتصل به المدة ؛ فالإطلاق إذاً والتقييد بتاريخ واحد سواء فيما نحن فيه .

خامسها : لا يختص هـٰذا القول ببينة المستأجر ، بل مداره علىٰ تقديم بينة الزيادة ، فلو كانت الزيادة في جانب المؤجر ؛ بأن قال : أجرتك بعشرين ، فقال : بعشرة . . قدمت علىٰ هـٰذا القول بينة المؤجر ، ولو كانت الزيادة من الجانبين ؛ بأن قال : أجرتك هـٰذا البيت بعشرين ، فقال : بل جميع الدار بعشرة . . فلابن سريج رأيان ، **المصحح** منهما : الرجوع إلى التعارض ، **والثاني** : الرجوع إلى الزيادة في الجانبين ، فيجعل الجميع مكري بعشرين ، وهو فاسد ؛ لأنه خلاف قول المتداعيين والشهود[2] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لم يقل ذلك ابن سريج ، وإنما حكاه عن غيره ، وزيفه كما في « النهاية » و« البسيط »[3] ، والذي أوقع الرافعي في حكايته عنه قول « التهذيب » : ذكر ابن سريج[4] ، ومراده : أنه ذكره عن غيره ، لا لنفسه ، والله أعلم .

٦٣٤٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦٣] : (**وإن ادعىٰ كل منهما أنه ابتاع هـٰذه الدار من زيد وهي ملكه ، وأقام بينة ؛ فإن كان تاريخهما مختلفاً . . فهي للسابق منهما**) مثل قول « المنهاج » [ص ٥٨٢] : (**ولو ادعيا شيئاً في يد ثالث ، وأقام كل منهما بينة أنه اشتراه ووزن له ثمنه ؛ فإن اختلف تاريخٌ . . حكم للسابق**) ، وهو داخل في قول « الحاوي » [ص ٦٩٢] : (**ثم السابقة تاريخاً**) .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ومحله إذا لم يصدر المتأخر حالة الخيار ، فإن صدر في الخيار . . فسخ الأول ، وكان هو صحيحاً ، فإن تعرضت بينة الثاني لذلك . . قضي له بها ، ويقضىٰ للأول بالثمن قطعاً ، وإن لم تتعرض لذلك ، ولكن تعرضت لكونه ملكاً له وقت البيع ، وشهدت بينة الأول بمجرد البيع . . **فالأرجح** : تقديم شهادة من شهدت بالملك حالة البيع .

ويختص « المنهاج » بأن وزن الثمن ليس شرطا للدعوىٰ ، ولكن فائدته أنه يتعين القول بإجبار البائع على التسليم ، وفي « أصل الروضة » عن أبي عاصم : أنه لو ذكرت إحدى البينتين وزن الثمن

---

(١) الروضة (١٢/ ٦٨) .

(٢) انظر « الروضة » (١٢/ ٦٧ ، ٦٨) .

(٣) نهاية المطلب (١٩/ ١٢٢) .

(٤) التهذيب (٨/ ٣٤٣) ، فتح العزيز (١٣/ ٢٥١) .

دون الأخرىٰ . . كانت مقدمة ، سواء كانت سابقة أو مسبوقة ؛ لأن النقد يوجب التسليم والأخرىٰ لا توجبه ؛ لبقاء حق الحبس للبائع[1] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وليس ذلك بمعتمد ، ووزن الثمن لا يفيد الترجيح ، وكون إحداهما توجب التسليم والأخرىٰ لا توجبه غير مقتض للترجيح ، وقد يكون الثمن مؤجلاً فلا يتوقف وجوب التسليم علىٰ وزن الثمن ؛ ولأن البينة السابقة مقتضاها بطلان البيع الثاني ، فلا أثر لوزن الثمن في بيع باطل .

٦٣٤٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦٣] : (**وإن كان تاريخهما واحداً أو لم يعلم السابق منهما . . تعارضت البينتان ، وفيهما قولان : أحدهما : تسقطان**) هو **الأظهر** ، وهو مفهوم من إطلاق « المنهاج » التعارض مع ما تقدم[2] ، وداخل في كلام « الحاوي »[3] .

ودخل في كلامهم : ما إذا كانت إحداهما مؤرخة والأخرىٰ مطلقة ، وبه صرح الأصحاب ، واستدرك أبو الفرج الزاز أنا إذا قدمنا المؤرخة على المطلقة . . قضينا لصاحبها ، ولا يجيء الأقوال .

وأجاب عنه شيخنا في « تصحيح المنهاج » : بأن تقديم المؤرخة على المطلقة إنما هو حيث كانت المطلقة تنزل على الملك في حال الشهادة أو في حال الدعوىٰ ، وذاك لا يأتي في العقود ؛ فاتجه إطلاق الأصحاب ، وبطل ما استدركه أبو الفرج . انتهىٰ .

وقد يفهم من سقوطهما أنه لا يرجع واحد منهما بالثمن الذي وزنه ، وليس كذلك **على الأصح** ، وقد صرح به « الحاوي » فقال [ص ٦٩٢] : (**وغرم الثمنين في البيع والشراء منه ، وتوفيره**) ، ومحل ذلك : إذا لم تتعرض البينة لقبض المبيع ، فإن تعرضت . . فلا رجوع بالثمن لاستقرار العقد بالقبض .

٦٣٤٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦٣] : (**والثاني : تستعملان إما بالقرعة أو بالقسمة ، ولا يجيء الوقف**) **الأصح** في « أصل الروضة » : مجيء قول الوقف أيضاً مع اعترافه بأن الأشهر عدم مجيئه[4] ، ومجيئه ظاهر إطلاق « المنهاج »[5] .

واعلم : أن محل ما تقدم : ما إذا لم يصدق البائع أحدهما ، فإن صدق أحدهما . . فعلى

---

(١) الروضة (١٢/ ٧٠ ، ٧١) .

(٢) المنهاج (ص ٥٨٢) .

(٣) الحاوي (ص ٦٩٢) .

(٤) الروضة (١٢/ ٦٩) .

(٥) المنهاج (ص ٥٨٢) .

السقوط : يسلم للمصدق ، وعلى الاستعمال : قيل : يقدم أيضاً ، **والأصح** : لا ، بل هو كما لو استمر علىٰ تكذيبهما .

٦٣٤٦ـ قولهما ـ والعبارة لـ « التنبيه » ـ : (**وإن كان في يد زيد دار فادعىٰ كل منهما أنه باعها منه بألف ، وأقام كل واحد منهما بينة علىٰ عقده ؛ فإن كان تاريخهما واحداً . . تعارضت البينتان**)[١] فيه أمران :

أحدهما : قال في « أصل الروضة » : قال الأكثرون : صورة المسألة : أن يقول كل واحد : بعتك بكذا وهي ملكي ، وهٰكذا لفظ الشافعي في « المختصر » ، وقال أبو الفياض : لا يشترط ذلك[٢] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ولفظ « المختصر » ليس صريحاً في ذلك ؛ وكأنهم فهموا من قوله : (أنه ثوبه)[٣] أن الإضافة للملك ، لكن نص « الأم » يخالفه ؛ لقوله فيه : (أو أنه باعه منه بألف درهم ولم تقل الشهود : إنه ثوبه)[٤] .

ثانيهما : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : مقتضاه : أنه لو اتخذ تاريخهما باليوم . . جرى التعارض ، وليس كذلك ، وإنما يحصل التعارض إذا عينا وقتاً واحداً بحيث يعلم أن ذلك المعين يضيق عن وقوع عقدين فيه عقد عقب عقد ، وليس اتحاد التاريخ هنا كاتحاد التاريخ في الصورة قبلها ؛ لأن المطلوب في الصورة قبلها تحصيل ، وفيه ذلك الذي وقعت الدعوىٰ به ، والعين الواحدة لا تتسع لتحصيل القرضين بأن يكون كل واحد مالكها ، والمطلوب في هٰذه الصورة الثمن ، وهو في الذمة ، والذمة متسعة للزوم أثمان ، نبه عليه الإمام والغزالي[٥] ، وكلام غيرهما يدل عليه .

٦٣٤٧ـ قولهما : (**وإن كان تاريخهما مختلفاً . . لزمه الثمنان**)[٦] في « أصل الروضة » : شرطه : أن يكون بينهما زمن يمكن فيه العقد الأول ، ثم الانتقال من المشتري إلى البائع الثاني ، ثم العقد الثاني ، فإن عين الشهود زمناً لا يتأتىٰ فيه ذلك . . لم يجب الثمنان[٧] .

ومثله شيخنا في « تصحيح المنهاج » : بأن تقول : إحدى البينتين : إنه باعه منه عند بروز شيء

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٦٣) ، و« المنهاج » (ص ٥٨٢) .
(٢) الروضة (١٢/ ٧٣ ، ٧٤) ، وانظر « مختصر المزني » (ص ٣١٦) .
(٣) مختصر المزني (ص ٣١٦) .
(٤) الأم (٦/ ٢٣٦) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٩/ ١٥٨) ، و« الوجيز » (٢/ ٢٦٦) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ٢٦٣) ، و« المنهاج » (ص ٥٨٢) .
(٧) الروضة (١٢/ ٧٣) .

من الشمس بطلوعها ، والأخرىٰ : إنه باعه عند بروز نصفها[1] .

٦٣٤٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦٣] : **(وإن كانتا مطلقتين أو إحداهما مطلقة والأخرىٰ مؤرخة . . فقد قيل : يلزمه الثمنان ، وقيل : يلزمه ثمن واحد) الأصح** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[2] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه مخالف لقضية التحقيق ؛ فإن الأصل براءة الذمة ، والمطلقتان يحتمل أن يتحد تاريخهما وأن يختلف ، فلا يلزم بالشك ، وممن صحح ذلك الشيخ أبو حامد .

٦٣٤٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٢] : **(ولو مات عن ابنين مسلم ونصراني فقال كل منهما : « مات علىٰ ديني » فإن عرف أنه كان نصرانياً . . صدق النصراني ، فإن أقاما بينتين مطلقتين . . قدم المسلم)** هو داخل في قول « الحاوي » [ص ٦٩١] : **(قدمت الناقلة)** ، وقد يفهم تصويرها بأن تشهد إحداهما بأنه مسلم والأخرىٰ بأنه نصراني ، والذي ذكره الأصحاب ومنهم « التنبيه » : تصويرها بأن تشهد إحداهما أنه مات مسلماً والأخرىٰ أنه مات نصرانياً[3] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لم نر من تعرض للتصوير الأول ، وعندي أن شهادة البينة أنه مسلم كاف في الحكم بإسلامه؛ لأنه ظهر بذلك انتقاله من التنصر الذي كان معروفاً به إلى الإسلام، والأصل بقاءه عليه ، وحدوث كفره يقتضي أن يكون مرتداً لا يرثه أحد ، وأما قول إحداهما : مات مسلماً ، والأخرىٰ : مات نصرانياً . . فهـٰذا ليس إطلاقاً ، وإنما هو تقييد بحالة الموت .

٦٣٥٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٢] : **(وإن قَيَّدت أن آخر كلامه إسلام وعكسته الأخرىٰ . . تعارضتا)** قال الرافعي : وتقييد البينتين بأن آخر كلامه كان كذا غير محتاج إليه ؛ لحصول الترجيح بزيادة العلم ، بل تقييد بينة النصراني بأن آخر كلامه النصرانية كاف فيه ؛ أي : في التعارض ، وإن أطلقت بينة المسلم . . فيكون كتقييدها . انتهىٰ[4] .

ولهـٰذا عبر « التنبيه » بقوله [ص ٢٦٤] : **(وإن شهدت بينة النصراني أن آخر كلامه عند الموت النصرانية . . تعارضت البينتان)** .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : التعارض ممنوع ؛ فإن آخر كلامه باعتبار ما شاهدته كل بينة لا تعارض فيه ؛ لأنه يحتمل أن تشهد بينة النصرانية بأن آخر كلامه كلمة التنصر في الحالة التي

---

(١) انظر « حاشية الرملي » (٤/ ٤١٥) .

(٢) الحاوي (ص ٦٩٢) ، المنهاج (ص ٥٨٢) .

(٣) التنبيه (ص ٢٦٤) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٢٦٤) .

سكت فيها عن الكلام بحضرتهم ، ثم إنها ذهبت واستصحبت السكوت وجاءت بينة الإسلام فتكلم بحضرتها بالشهادتين ؛ فإنه لا تعارض حينئذ ، ويقضي ببينة الإسلام ، وإنما يقع التعارض لو شهدت كل منهما بأن آخر كلمة تكلم بها كذا ، ومكثت عنده إلىٰ أن مات ودفن ، قال : ولو قالت بينة الإسلام : علمنا الحالة التي شاهدته بينة التنصر فيها ، ولكنه بعد ذلك تكلم بكلمة الإسلام . . فإنه تقدم بينة الإسلام بلا خلاف ، كما لو قالت بينة التعديل : علمنا سبب الجرح ولكنه تاب منه . . فإنه تقدم بينة التعديل[1] .

٦٣٥١ـ قولهما : (**وإن لم يعرف دينه وأقام كل بينة أنه مات علىٰ دينه . . تعارضتا**)[2] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هٰذا عندي ممنوع ، بل الصواب تقديم بينة المسلم ؛ لأن الإسلام يطرأ على التنصر فيقطعه ، ولا يطرأ على الإسلام فيقطعه إلا الردة ، ولا ميراث معها .

٦٣٥٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٢ ، ٥٨٣] : (**ولو مات نصراني عن ابنين مسلم ونصراني فقال المسلم : « أسلمت بعد موته . . فالميراث بيننا » ، فقال النصراني : « بل قبله » . . صدق المسلم بيمينه ، وإن أقاماهما . . قدم النصراني**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محل تقديم النصراني : إذا لم تشهد بينة المسلم بأنها علمت منه دين النصرانية حين موت أبيه وبعده ، وأنها لم تستصحب ، فإذا قالت ذلك . . قدمت بينة المسلم ؛ لأنا لو قدمنا بينة النصراني . . للزم أن يكون مرتداً حالة موت أبيه ، والأصل عدم الردة .

٦٣٥٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦٤ ، ٢٦٥] : (**وإن مات رجل وخلف ابنين واتفقا علىٰ إسلام الأب وإسلام أحدهما قبل موت الأب واختلفا في إسلام الآخر هل كان قبل موت الأب أو بعده ؟ فالقول قول الابن المتفق علىٰ إسلامه**) محله عند عدم البينة ، فلو أقام كل منهما بينة علىٰ ما ادعاه . . قدمت بينة المختلف في إسلامه **على الأصح** ؛ لأنها ناقلة ، وذلك مفهوم مما ذكره « المنهاج » في الصورة التي قبلها[3] .

٦٣٥٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٣] : (**فلو اتفقا علىٰ إسلام الابن في رمضان ، وقال المسلم : « مات الأب في شعبان » ، وقال النصراني : « في شوال » . . صدق النصراني ، وتقدم بينة المسلم علىٰ بينته**) يستثنىٰ منه : ما إذا شهدت بينة النصراني في هٰذه الحالة بأنهم عاينوه حياً في شوال . . فإنهما يتعارضان ، كذا في « أصل الروضة »[4] .

---

(١) انظر « حاشية الرملي » (٤/٤١٦) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٦٤) ، و« المنهاج » (ص ٥٨٢) .

(٣) المنهاج (ص ٥٨٢ ، ٥٨٣) .

(٤) الروضة (١٢/٧٩) .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : تقدم بينة النصراني ؛ لاحتمال استناد بينة شعبان لإغماء أو استفاضة موت .

٦٣٥٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦٥] : (**وإن مات رجل وخلف أبوين كافرين وابنين مسلمين فقال الأبوان : « مات كافراً » ، وقال الابنان : « مات مسلماً » . . ففيه قولان ، أصحهما : أن القول قول الأبوين**) كذا فيما وقفنا عليه من نسخ « التنبيه » ، وكذا هو في « المنهاج » وغيره[١] ، وفي « شرح ابن يونس » أن الذي في « التنبيه » : (**أصحهما : أن القول قول الابنين**) ، ويوافقه قول ابن عمه في « التنويه » : حذفنا قوله : (**الأصح : أن القول قول الابنين**) لأنه وإن وجّه بأن الإسلام يغلب بالدار . . فهو بعيد في الحكاية ؛ ولهـٰذا لم يذكره في « المهذب » أصلاً ، ولا هو في مشاهير الكتب ، والوجه الثابت في المسألة هو الوقف ، والخلاف من تخريج ابن سريج ؛ فإنه قال : تحتمل المسألة قولين ، وحقيقته وجهان . انتهىٰ .

ويوافق ذلك أيضاً قولُ النووي في « الروضة » : أنكروا علىٰ صاحب « التنبيه » ترجيح تصديق الابن ، وهو ظاهر الفساد[٢] ، واعتراضُه عليه في « تصحيحه » أيضاً[٣] ، وتبعه شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » في استدراك ذلك على « التنبيه » أيضاً[٤] ، وقال النووي في « الروضة » : الوقف أرجح دليلاً ، لكن **الأصح** عند الأصحاب : تصديق الأبوين[٥] .

قال شيخنا الإسنوي في « التنقيح » : فإذا تقرر أنه الأرجح في الدليل . . فينبغي أن يقول : المختار .

ولشيخنا هنا في « تصحيح المنهاج » تنبيهات :

أحدها : ظاهره قصور ذلك على الأبوين ، وليس كذلك ، فلو وطىء مجوسي أخته من أبويه الكافرين الأصليين ، فولدت ولداً فمات عن جديه أبي أبيه وأم أمه وهي أم أبيه أيضاً ، وتنازعا مع ولد له مسلم في كفره وإسلامه . . كان كذلك ، قال : وإنما فرضنا ذلك في نكاح المجوس ؛ لأن هنا أصلاً مستصحباً ، وهو كفر الأصل الأدنىٰ ؛ فإنه لو تخلل أب وأم وكان التنازع بين الجدين والابنين . . لم يكن هناك أصل مستصحب للكفر ؛ فلا يكون القول فيه قول الجدين ، قال : وقد يفرض مثل ذلك في الوطء بشبهة الكفار .

---

(١) المنهاج (ص ٥٨٣) .
(٢) الروضة (١٢/ ٨٠) .
(٣) تصحيح التنبيه (٢/ ٢٨٤) .
(٤) تذكرة النبيه (٣/ ٥١٧ ، ٥١٨) .
(٥) الروضة (١٢/ ٨٠) .

ثانيها : لا حاجه في التصوير لذكر الابنين ، بل الابن الواحد كاف ، وكذا ابن الابن والبنت وبنت الابن .

ثالثها : استشكله شيخنا بأنه إن كان كفر الأبوين الأصلي ثابتاً بالبنية أو بإقرار المنازع . . فلا خلاف في تصديقهما ، وإلا . . فينبغي أن تكون الفتوىٰ على الوقف لزوال الاستصحاب ، قال : ولم أر هـٰذا الذي حققناه في كلام أحد ، وقول النووي : إن الوقف **أرجح** دليلاً[1] إنما يكون إذا لم يثبت لنا أصل في الأبوين نستصحبه ، فإن ثبت . . فقول الأبوين قطعاً[2] .

٦٣٥٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦٤] : (**وإن شهد شاهدان أنه أعتق سالماً وهو ثلث ماله وشهد آخران أنه أعتق غانماً وهو ثلث ماله ، ولم يعلم الأول منهما . . ففيه قولان : أحدهما : أنه يعتق من كل واحد منهما نصفه ، والثاني يقرع بينهما**) فيه أمور :

أحدها : المراد : حصول الإعتاق في مرض موته ، وعبارة « المنهاج » [ص ٥٨٣] : (**في مرضه**) ، ولو قال : (مرض موته) كما في « المحرر »[3] . . لكان أولىٰ .

ثانيها : فهم من قوله : (**ولم يعلم الأول**) تحقق الترتيب ، فخرج ما إذا اتخذ التاريخ ، وقد ذكره « المنهاج » وقال [ص ٥٨٣] : (**أقرع**) .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : يستثنىٰ منه : ما إذا كان الاتحاد بمقتضىٰ تعليق وتنجيز ؛ بأن يقول : إن أعتقت غانماً . . فسالم حر ، ثم يعتق غانماً . . فيعتق سالم مع عتق غانم بناء علىٰ أن الشرط والمشروط يقعان معاً وهو **المرجح** ، وهـٰذا تاريخ متحد ، ولا إقراع ، ويتعين السابق .

ثالثها : **الأصح** : أنه يعتق من كل نصفه ، وعليه مشي « الحاوي »[4] ، وفي زيادة « المنهاج » [ص ٥٨٣] : (**أنه المذهب**) ، وعبارة « المحرر » : (قيل : يقرع ، وقيل قولان : **أحدهما** : هـٰذا ، **والثاني** : يعتق من كل منهما نصفه ، ورجح كلاً منهما طائفة من الأصحاب)[5] ، واختصره « المنهاج » بقوله [ص ٥٨٣] : (**قيل : يقرع ، وقيل : في قول : يعتق من كل نصفه**) ، ومقتضاه : أنهما وجهان ، وقد عرفت أنهما طريقان ، وأصلها أنه متىٰ علمت المعية . . أقرع ، أو الترتيب ولم يعلم السابق . . فهل يقرع أو يقسم ؟ قولان ، قال في « أصل الروضة » : **أظهرهما** : الثاني ، قال : ورجح جماعة الأول ، فإذا أطلقت البينتان أو إحداهما . . احتمل المعية ، فيقرع ، قاله البغوي ،

---

(١) انظر « الروضة » (١٢/ ٨٠) .
(٢) انظر « حاشية الرملي » (٤/ ٤١٧) .
(٣) المحرر (ص ٥١٢) .
(٤) الحاوي (ص ٦٩٢) .
(٥) المحرر (ص ٥١٢) .

والترتيب من غير تعيين ، قال جماعة منهم الإمام والغزالي : وهو أقرب وأغلب ؛ فيجيء القولان[1] ، قال الرافعي : **ورجح الروياني** وغيره القسمة ، ونظم « الوجيز » يشعر به ، وهو يوافق ما رجح في نظيره من الجمعتين ، **ورجح آخرون** القرعة ، وهو يوافق ما رجح في النكاحين[2] .

وخالف شيخنا في « تصحيح المنهاج » هـٰذا الترجيح وقال : **المذهب المعتمد عند الأصحاب** : الإقراع ، ونص عليه في « الأم » في الحدود ، وهو موضع خفي علىٰ كثير من المصنفين ، ولم يصح لي عن أحد من الأصحاب ترجيح القول بالقسمة في صورة البينتين من المطلقتين .

٦٣٥٧- قول « المنهاج » [ص ٥٨٣] - والعبارة له - و« الحاوي » [ص ٦٩٢ ، ٦٩٣] : (**ولو شهد أجنبيان أنه أوصىٰ بعتق سالم وهو ثلثه ، ووارثان حائزان أنه رجع عن ذلك ووصَّىٰ بعتق غانم وهو ثلثه . . يثبت لغانم ، فإن كان الوارثان فاسقين . . لم يثبت الرجوع فيعتق سالم ومن غانم ثلث ماله**) ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأصح** : أنه يعتق غانم كله ؛ فإن الوارثين الفاسقين يعتقدان أن سالماً ملكهما ، وإنما منعهما من التصرف فيه ظاهراً الشهادة التي هي عندهما غير معمول بها ؛ لما عرفناه من الرجوع ، وقطع به الدارمي ، ونص في « الأم » و« المختصر » علىٰ ما يشهد له ، ثم بسط ذلك .

٦٣٥٨- قول « التنبيه » [ص ٢٦٣] : (**وان قال لعبده : « إن قتلت . . فأنت حر » ، فأقام العبد بينة أنه قتل وأقام الورثة بينة أنه مات . . ففيه قولان : أحدهما : يتعارضان ويرق العبد ، والثاني : تقدم بينة القتل**) الثاني هو **الأصح** ، وعليه مشى « الحاوي »[3] .

٦٣٥٩- قول « التنبيه » [ص ٢٦٣] : (**وإن قال : « إن مت في رمضان . . فعبدي حر ، وإن مت في شوال . . فجاريتي حرة » ، ومات ، وأقام العبد بينة بالموت في رمضان ، والجارية بينة بالموت في شوال . . ففيه قولان ، أحدهما : يتعارضان ويرقان ، والثاني : تقدم بينة رمضان**) **الأصح** : الثاني ، وهو داخل في قول « الحاوي » [ص ٦٩٢] : (**ثم السابقة تاريخاً**) ، وقول « التنبيه » : (**ويرقان**) أي : علىٰ قول التساقط ، أما إذا قلنا بالاستعمال . . فالأقوال .

٦٣٦٠- قول « التنبيه » [ص ٢٦٢] : (**وإن تداعيا عرصة لأحدهما فيها بناء أو شجر ؛ فإن كان قد ثبت البناء والشجر له بالبينة . . فالقول قوله في العرصة مع يمينه ، وإن ثبت ذلك بالإقرار . . فقد قيل : القول قوله ، وقيل : هو بينهما**) **الأصح** : الأول ، وفي بعض نسخ « التنبيه » ذكره بالجزم ، وذكر الثاني بلفظ (قيل) .

---

(١) الروضة (١٢/ ٨٥) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٢٧٤) .
(٣) الحاوي (ص ٦٩١ ، ٦٩٢) .

٦٣٦١ـ قوله : (**وإن تداعيا سلماً منصوباً . . حلف صاحب العلو ، وقضي له**)[١] محله : ما إذا كان مثبتاً بالتسمير ونحوه ، فإن كان منقولاً غير مثبت . . فحكى ابن كج عن الأكثرين : أنه لصاحب العلو أيضاً ، وعن ابن خيران : أنه لصاحب السفل ، قال الرافعي : وهو الوجه[٢] .

٦٣٦٢ـ قوله : (**وإن كان بينهما صبي لا يعقل فادعىٰ كل واحد منهما أنه مملوكه . . حلفا وجعل بينهما**)[٣] محله : ما إذا لم يعرف سبب يدهما ، فإن عرف . . لم يقبل فيه قول صاحب اليد إلا ببينة **في الأصح** .

* * *

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٦٢) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٥/ ١٢٣ ، ١٢٤) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٦٢) .

كتاب إلحاق القائف

٦٣٦٣ـ كذا في « المحرر »[١] ، وترجمه « المنهاج » بفصل ، وجعله من جملة فصول الدعاوىٰ[٢] ، وتقدم بعض أحكامه في العدة ، وبعضها في اللقيط ، وأحسن « التنبيه » بجمعه أحكام لحاق النسب في باب يلي اللعان ، ترجمه بـ (باب ما يلحق من النسب وما لا يلحق)[٣] .

وقال في « الروضة » : مقصود الباب الكلام في القائف وشرطه ، وأما الاستلحاق وشروطه . . فسبق ذكره في كتابي الإقرار واللقيط[٤] .

٦٣٦٤ـ قولهما ـ والعبارة لـ « التنبيه » ـ : (**ولا يقبل قول القافة إلا أن يكون ذكراً ، حراً ، عدلاً ، مسلماً ، مجرباً في معرفة النسب**)[٥] لو عبرا بأهلية الشهادة كما في « الروضة ». . لكان أخصر وأعم ؛ فإنهما أهملا كونه بصيراً ناطقاً ، وقد حكاه في « أصل الروضة » عن ابن كج[٦] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : عندي يمتنع الأعمىٰ قطعاً ، إلا فيما رآه قبل العمىٰ وهو ذاكر له . . فإنه يصح إلحاقه لذلك في حال العمىٰ ، ولا أمنع قيافة الأخرس إذا فهم إشارته كل أحد ، وفي « المطلب » عن الأصحاب : أنه يعتبر كونه سميعا ، قال شيخنا : وهو غير مسلم نقلاً ؛ فلم أجد في كلامهم اعتباره ، ومعنىً ؛ لأنه يبصر الصفات ويخبر ، وليس هنا قول يعتبر سماعه ، وقولنا له : هـٰذا ابن مَنْ في هـٰؤلاء قد يعرف بكتابة أو إشارة ، ثم هو ينطق بما ظهر له ، قال ابن كج : ولو كان ابنَ أحدِ المتداعيين فألحقه بغير أبيه . . قبل ، أو بأبيه . . فلا ، والعدوّ بالعكس ، وقد يفهم من كلامهما الاكتفاء في التجربة بمرة ، وفي « أصل الروضة » : وإما تكرار العرض ثلاثاً . . فقد جعله الشيخ أبو حامد وأصحابه شرطاً ، وقيل : يكفي مرة ، وقال الإمام : لا معنىٰ لاعتبار الثلاث ، بل المعتبر غلبة الظن بأن قوله عن خبرة لا عن اتفاق ، وهـٰذا قد يحصل بدون الثلاث[٧] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ظاهر نص الشافعي الاكتفاء بمرة ، وعليه جمع من الأصحاب ، وهو الذي نقله الشيخ أبو حامد عن الأصحاب ، وهو المعتمد .

---

(١) المحرر (ص ٥١٤) .
(٢) المنهاج (ص ٥٨٣) .
(٣) التنبيه (ص ١٩٠) .
(٤) الروضة (١٢/١٠١) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٩٢) ، و« المنهاج » (ص ٥٨٣) .
(٦) الروضة (١٢/١٠١) .
(٧) الروضة (١٢/١٠٢) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٩/ ١٨٣ ، ١٨٤) .

٦٣٦٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٣] : (**والأصح : اشتراط حر ذكر**) مخالف لتعبير « الروضة » فيه بالصحيح[(١)] ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : والذي في « الروضة » هو الصواب وقد استبعد في « البسيط » و« الوسيط » مقابله ، وقوله : (**لا عدد**)[(٢)] معطوف علىٰ ما عبر فيه بالأصح ، ومقتضاه : أن الخلاف وجهان ، وليس كذلك ، بل هو نص ووجه ؛ ولهـٰذا قال « التنبيه » [ص ١٩٢] : (**ويجوز أن يكون واحداً ، وقيل : لا بد من اثنين**) .

قول : « المنهاج » [ص ٥٨٣] : (**فإذا تداعيا مجهولاً . . عرض عليه**) أي : مع المتداعيين أورد عليه شيخنا في « تصحيحه » : ما لو سبق استلحاقه من الملتقط ثم ادعاه آخر . . فان الشافعي رضي الله عنه قال : (أريته القافة ، فإن ألحقوه بالآخر . . أريته الأول ، فإن قالوا : ابنهما . . لم ينسبه إلىٰ أحدهما حتىٰ يبلغ فينتسب إلىٰ من شاء منهما ، وإن لم يلحق الآخر . . فهو ابن الأول)[(٣)] ، قال شيخنا : وأما غير الملتقط إذا استلحقه وهو في يده ثم ادعىٰ آخر نسبه . . لم يلتفت إليه ؛ لأنه باستلحاق ذي اليد خرج عن أن يكون مجهولاً .

ثم محل العرض في المجهول : أن يكون دون البلوغ ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » في الإقرار [ص ٢٨٥] : (**ولو استلحق اثنان بالغاً . . ثبت لمن صدَّقه**) والمجنون كالصبي ، قال شيخنا : وكذا لو كان مغمىٰ عليه أو نائماً أو سكراناً سكراً يعذر فيه ، فلو كان غير معذور . . لم يعرض ؛ لأنه بمنزلة الصاحي ، ولو انتسب في هـٰذه الحالة . . عُمل به ، ويعرض الميت على القائف ما لم يتغير ولم يدفن .

٦٣٦٦ـ قوله : (**وكذا لو اشتركا في وطء فولدت ممكناً منهما وتنازعاه**)[(٤)] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه يقتضي أنه مساوٍ للمجهول في أحكام العرض على القائف ، وليس كذلك ؛ لأمور :

أحدها : أن هـٰذا يعرض على القائف وإن كان بالغاً مكلفاً ، وجزم به الماوردي[(٥)] ، وهو فقه ظاهر .

ثانيها : أنه يعرض هنا على الأظهر ولو كان أحدهما ساكتاً أو منكراً ، ولو أنكراه معاً . . عرض .

ثالثها : أنه إذا كان الاشتباه للاشتراك في الفراش . . لم يصح إلحاقه بالقافة إلا بحكم حاكم ،

---

(١) الذي وقفت عليه في « فتح العزيز » (١٣/ ٢٩٧) ، و« الروضة » (١٢/ ١٠١) : (الأصح : اشتراط حريته وذكورته) .

(٢) المنهاج (ص ٥٨٣) .

(٣) انظر « مختصر المزني » (ص ١٣٧) .

(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٣) .

(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٧/ ٣٩٠) .

جزم به الماوردي[1] ، وحكاه في « المطلب » عن ملخص كلام الأصحاب ، وقال شيخنا أيضاً : ظاهر ذكر الوطء اشتراط تغييب الحشفة ، وليس هٰذا عندي بمعتبر في هٰذا المكان ، بل لو لم يُدخل الحشفة كلها وأنزل داخل الفرج . . كان كالوطء ، وكذا الإنزال خارج الفرج بحيث دخل الماء في الفرج ، واستدخال الماء .

وقوله : (**بأن وطئا بشبهة أو مشتركة لهما**)[2] هو من وطء الشبهة ؛ فذكره بعده من عطف الخاص على العام ، ويشترط فيهما : أن يقع الوطئان في طهر ، فلو تخلل بينهما حيضة . . فهو للثاني ، ولا يستغنىٰ عن ذلك بذكر « المنهاج » له بعد ذلك ؛ لأنه لا يمكن عوده لجميع الصور لتعذر ذلك في بعضها .

٦٣٦٧ـ قوله : (**وكذا لو وطيء منكوحة في الأصح**)[3] أي : بشبهة ، فيه أمران :

أحدهما : أنه هل يكتفىٰ في ذلك باتفاق الزوج وواطىء الشبهة ، أم لا بد من إثبات الوطء بالبينة ؟ فيه اضطراب ؛ فالمذكور في « أصل الروضة » في اللعان الأول[4] ، وهنا الثاني[5] ، وذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » أن الأول أصح .

ثانيهما : أنه يقتضي أن الخلاف وجهان ، وهو في « أصل الروضة » طرق : إحداها : وجهان ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهما قولان في كلام غيره .

٦٣٦٨ـ قوله : (**فإذا ولدت لما بين ستة أشهر وأربع سنين من وطأيهما وادعياه . . عُرض عليه**)[6] لا يحتاج لقوله : (**وادعياه**) كما تقدم .

٦٣٦٩ـ قوله : (**فإن تخلل بين وطأيهما حيضة . . فللثاني ، إلا أن يكون الأول زوجاً في نكاح صحيح**)[7] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : يُزاد : وأن لا يكون الأول قد حصل بعد طلاقه حيضة أو حيضتان ؛ فإنه لا يكون للثاني ، بل يعرض على القائف كما نص عليه .

* * *

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٧/ ٣٩٠) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٣) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٤) .
(٤) الروضة (٨/ ٣١٨) .
(٥) الروضة (١٢/ ١٠٤) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٤) .
(٧) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٤) .

كتاب العتق

٦٣٧٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٤] : (**العتق قربة مندوب إليه**) محله : في المنجز من المسلم ، أما المعلق . . فذكر الرافعي في (الصداق) : أن التعليق ليس عقد قربة بخلاف التدبير[١] ، كذا أورده النشائي وشيخنا ابن النقيب[٢] ، وقال في « التوشيح » : مراده انتفاء القربة عن عقد التعليق ؛ ولذلك قال : بخلاف التدبير ، ولم يُرد انتفاء القربة عن العتق الذي تضمنه التعليق ، فكل عتق قربة ، أكان ضمن تعليق أم لا ، والتعليق نفسه ليس قربة .

قلت : ويدل لذلك قول الرافعي في تتمة كلامه : وإنما هو يقصد به حث أو منع[٣] ، وهـٰذا إنما هو في نفس التعليق ، فهو الذي يقصد به حث أو منع ثم إن الرافعي لم يقل : إن التعليق ليس قربة ، وإنما قال : ليس عقد قربة ؛ أي : ليس أصل وضعه ذلك ، وقد يقترن به ما يقتضي كونه قربة ؛ كمن علق عتق عبده علىٰ تحصيل نفع لمن يتقرب بتحصيل النفع له ؛ كقوله : إن خدمت العالم الفلاني سنة . . فأنت حر ، أو علىٰ إيجاد قربة ؛ كقوله : إن صليت الضحىٰ . . فأنت حر ونحو ذلك .

وأما كونه من مسلم . . فقال الرافعي في (الوقف) في الكلام علىٰ أقوال الملك في الوقف : ألا ترىٰ أن الكافر إذا أعتق . . صار العتيق لله وإن لم يكن منه قربة[٤] .

قال في « التوشيح » : مراده ليس قربة من الكافر ؛ لأنه ليس من أهل القرب ، ولم يرد أنه ليس قربة في نفسه .

قلت : هـٰذا كلام لا يتحقق ؛ لأن الكلام في صدوره من الكافر ، فهو المدعي أنه ليس قربة ، فلا يرد علىٰ ذلك أنه قربة في الجملة .

٦٣٧١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٥] : (**إنما يصح من مطلق التصرف**) و« الحاوي » [ص ٦٩٩] : (**إنما يصح إعتاق مالك**) اقتصر كل منهما علىٰ شرط غير الذي ذكره الآخر ، وجمع في « أصل الروضة » بينهما فقال : ويصح من كل مالك مطلق لا يصادف إعتاقه تعلق حق لازم لغيره ؛ فلا يصح إعتاق غير مالك إلا بوكالة أو ولاية[٥] ، وقول « التنبيه » [ص ١٤٤] : (**لا يصح إلا من مطلق التصرف**

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/٣١٧ ، ٣١٨) .
(٢) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٣٠) ، و« السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/٣٣٦) .
(٣) فتح العزيز (٨/٣١٧) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٦/٢٨٤) .
(٥) الروضة (١٢/١٠٧) .

في ماله) يحتمل أن يريد أن الإعتاق يكون واقعاً في ماله ، فيكون قد جمع بين الوصفين أيضاً ، ويحتمل أن يتعلق قوله : **(في ماله)** بقوله : **(مطلق التصرف)** أي : يكون مطلق التصرف في ماله ، فيخرج عنه من هو مطلق التصرف في مال غيره وهو الولي ، لكن قد صرح في « أصل الروضة » بصحة إعتاق الولي كما تقدم ، وأشار به إلىٰ إعتاق الولي عن الصبي والمجنون إذا لزمتهما كفارة قتل ، وهو مصرح به في « أصل الروضة » في بابه وغيره .

وأمَّا مَا في « أصل الروضة » في الباب الثاني من الصداق : أنه لو لزم الصبي كفارة قتل فأعتق الولي عنه عبداً لنفسه . . لم يجز ؛ لأنه يتضمن دخوله في ملكه وإعتاقه عنه ، وإعتاق عبد الطفل لا يجوز[1] ، فهو وهم على المتولي ؛ فإنه لم يصور ذلك بالكفارة ، بل أطلق ذلك ، ومراده : عتق التبرع ؛ فإنه صرح في كفارة القتل بإعتاق الولي عنه ، ودخل في كلامهم إعتاق الولي عن السفيه في كفارة القتل ونحوها كاليمين والظهار والجماع في رمضان ، لكنه ذكر في باب الحجر أنه ينتقل في كفارة اليمين إلى الصوم .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لا يصح إعتاق السفيه بمباشرته إلا في ثلاث صور :

إحداها : إذا أذن له وليه في إعتاق عبده عن اللازم له قبل حجره ونحو ذلك .

الثانية : إذا وكله إنسان بأن يعتق عبد نفسه . . فمقتضىٰ ما ذكر في توكله في قبول النكاح جوازه .

الثالثة : قال السفيه لإنسان مطلق التصرف : أعتق عبدك عني مجاناً . . فقياس المذكور فيما إذا أصدق عن ابنه أكثر من مهر المثل من مال الأب : أن يصح لحصول المصلحة .

٦٣٧٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٥] : **(ويصح تعليقه)** ، قال في « التنبيه » [ص ١٤٤] : **(على الأخطار والصفات) أي** : المحقق الوقوع وغيره ، وقد يفهم كلامهما أنه يعتبر في تعليق الإعتاق إطلاق التصرف ، وليس كذلك ؛ فإنه يصح تعليقه من الراهن المعسر والموسر علىٰ صفه توجد بعد الفك ، أو يحتمل وجودها قبله وبعده ، وكذا من مالك العبد الجاني الذي تعلقت الجناية برقبته ، ومن المحجور عليه بفلس أو ردة .

٦٣٧٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٤] : **(ويجوز العتق في العبد)** لا فائدة فيه بعد قوله : **(العتق قربة)**[2] وإنما ذكره توطئة لقوله بعده : **(وفي بعضه)**[3] ، وقول « المنهاج » [ص ٥٨٥] : **(ويصح إضافته إلىٰ جزء فيعتق كله)** أي : إن كان باقيه له ، فان كان لغيره . . فسيأتي .

---

(١) الروضة (٧/ ٢٧٤) .

(٢) التنبيه (ص ١٤٤) .

(٣) التنبيه (ص ١٤٤) .

ويرد عليه : ما إذا وكل وكيلاً بإعتاق عبد فأعتق الوكيل نصفه . . **فالأصح** : عتق ذلك النصف فقط ، ولا يرد ذلك علىٰ قول « التنبيه » [ص ١٤٤] : (**فإن أعتق بعض عبده . . عتق جميعه**) علىٰ أن شيخنا في « تصحيح المنهاج » قال : **الأصح** عندنا : القطع بأنه يعتق كله ، واستشكل في « المهمات » عدم السراية : بأن في « أصل الروضة » أنه لو وكل شريكه في عتق نصيبه فأعتق الشريك النصف الموكل فيه . . سرىٰ إلىٰ نصيب الوكيل[1] ، قال : فإذا حكم بالسراية إلىٰ ملك الغير بالعتق الصادر من الوكيل . . فلأن يسري إلىٰ ملك نفسه أولىٰ ، فكيف يستقيم الجمع بينهما ؟! وظاهر كلامهما في إعتاق البعض أنه يقع على الكل دفعة واحدة ، **والأصح** : أنه يقع ما سماه ثم يقع على الثاني بالسراية .

٦٣٧٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٤] : (**وصريحه : العتق والحرية**) « والمنهاج » [ص ٥٨٥] : (**تحرير وإعتاق**) و« الحاوي » [ص ٦٩٩] : (**به**) أي : بإعتاق وتحرير .

أورد عليه شيخنا في « تصحيح المنهاج » : أن التحرير والإعتاق اللذان هما مصدران ليسا صريحين ، إنما الصريح ما اشتق منهما ، فلو قال : أنت تحرير أو إعتاق . . كان كقوله للمرأة : أنت طلاق ؛ فيكون كناية **في الأصح** ، فكان ينبغي أن يقولوا : ما اشتق من التحرير والإعتاق ، ويستثنىٰ من ذلك صور :

منها : لو كانت أمته تسمىٰ قبل جريان الرق عليها حرة ، فقال لها : يا حرة ؛ فإن لم يخطر له النداء باسمها القديم . . عتقت ، وإن قصد نداءها . . لم تعتق **على الأصح** ، ووقع في « الكفاية » : إن قصد النداء . . لم تعتق ، وإن أطلق . . **فالأشبه كذلك** ، فكأنه انعكس عليه ، ولو كان اسمها في الحال حرة ؛ فإن قصد النداء . . لم تعتق ، وكذا إن أطلق **على الأصح** ، وذكر « الحاوي » الحالة الأولىٰ بقوله [ص ٦٩٩] : (**بلا قصد اسمه القديم**) .

الثانية بقوله في الكنايات [ص ٦٩٩] : (**يا حر للمسمىٰ به**) .

ومنها : لو قال : أنت حر مثل هـٰذا العبد . . فذكر الرافعي : أنه رأىٰ بخط الروياني في فروع حكاها عن والده وغيره أنه يحتمل أن لا تحصل الحرية ؛ لأن حرية الرق غير ثابتة في المشبه به ، فتحمل علىٰ حرية الخلق ، ولو قال : أنت حر مثل هـٰذا ، ولم يقل : العبد . . يحتمل أن يعتقا ، [والأوضح][2] : أنهما لا يعتقان[3] ، وقال النووي في الأولىٰ : ينبغي أن يعتق ، وفي الثانية : **الصواب** هنا : عتقهما[4] .

---

(١) الروضة (١٢/ ١٣١) .
(٢) في (ب) : (والأصح) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٤٠٥) .
(٤) انظر « الروضة » (١٢/ ١٨٤) .

وفي « المهمات » : **الصواب** في الثانية : عتق الأول دون الثاني ؛ لأنهما خبران مستقلان .

ومنها : في « فتاوى الغزالي » : أنه لو اجتاز بالمكاس فخاف أن يطالبه بالمكس عن عبده ، فقال : أنه حر ليس بعبد ، وقصد الإخبار . . لم يعتق فيما بينه وبين الله تعالىٰ ، وهو كاذب[1] ، قال الرافعي : ومقتضاه : أنه لا يقبل ظاهراً ، قال في « المهمات » : **ومقتضى المذهب** خلافه ؛ فإنه لو قال لها : أنت طالق وهو يحلها من وثاق ثم ادعىٰ أنه أراد الطلاق من ذلك الوثاق . . **فإنه يقبل على الأصح** ؛ للقرينة ، ومروره بالمكاس قرينة ظاهرة في إرادة صرف اللفظ عن ظاهره[2] .

ومنها : في « فتاوى الغزالي » أيضاً : أنه لو قال : افرغ من هـٰذا العمل قبل العشاء وأنت حر ، وقال : أردت حر من العمل دون العتق . . دين ، ولا يقبل ظاهراً[3] .

ومنها : في « فتاوى الغزالي » : أنه لو زاحمته امرأة فقال : تأخري ياحرة ، فبانت أمته . . لا تعتق[4] .

ومنها : ما لو قال : أعتقك الله ، أو الله أعتقك ، وفيه أوجه : ثالثها : صراحه : الله أعتقك ، بخلاف عكسه ؛ فإنه دعاء ، وفي زيادة « الروضة » في أوائل البيع عن « فتاوى الغزالي » : أن باعك الله وأقالك الله ، كناية[5] .

٦٣٧٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٤] : (**وفي قوله : « فككت رقبتك » وجهان ، أحدهما : أنه صريح**) هو **الأصح** في « المنهاج » وغيره ، وعليه مشى « الحاوي »[6] .

قول « المنهاج » في **الكنايات** [ص ٥٨٥] : (**وكذا كل صريح أو كناية للطلاق**) استثنىٰ منه « الحاوي » قوله : (**أنا منك حرٌّ**)[7] أي : فإنه ليس كناية في العتق ، وإن كان قوله : (**أنا منك** طالق) كناية في الطلاق .

ويستثنىٰ أيضاً : ما لو قال لعبده : اعتد أو استبرىء رحمك ونوى العتق . . فإنه لا ينفذ ؛ لاستحالته في حقه كما في « أصل الروضة » في الطلاق ، ولو قاله لأمته . . **فوجهان**[8] ، وينبغي اختصاصهما بما إذا لم تكن الأمة موطوءة ، فإن كانت . . كان ذلك كناية قطعاً .

وألحق به شيخنا في « تصحيح المنهاج » ما لو قال له : أنت عليّ حرام ، أو كالميتة أو

---

(١) فتاوى الغزالي (ص ١٢٧) مسألة (١٨٤) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١٣/٣٠٦ ، ٣٠٧) .
(٣) فتاوى الغزالي (ص ١٣٠) مسألة (١٩٠) .
(٤) فتاوى الغزالي (ص ١٢٩) مسألة (١٨٩) .
(٥) الروضة (٣/٣٣٩) .
(٦) الحاوي (ص ٦٩٩) ، المنهاج (ص ٥٨٥) .
(٧) الحاوي (ص ٧٠٠) .
(٨) الروضة (٨/٢٧) .

كالخنزير ، إلا أن يريد : خدمتك عليَّ حرام . . فإنه يكون كناية ، واستثنىٰ شيخنا من ذلك أيضاً قوله : (تجرعي وذوقي) فإنه كناية في الطلاق ، ولا تجري في الأمة والعبد ، إلا إذا كان مرادهما : دوام الملك عليهما . . فيكون كناية ، قال شيخنا أيضاً : ومما يزاد على المصنف : الظهار ؛ فإنه كناية في الإعتاق ، وليس بصريح ولا كناية في الطلاق .

٦٣٧٦ـ قول « الحاوي » في ألفاظ الكنايات [ص ٦٩٩] : (**وسيّدي**) حكاه في « أصل الروضة » عن الإمام ، وعن القاضي حسين والغزالي : هو لغو[1] ، وقال في « الشرح الصغير » : **الأشبه** عند الإمام وغيره : أنه كناية ، وهو الجواب في « التهذيب »[2] .

٦٣٧٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٥] : (**ولو قال : « عتقك إليك » أو « خيَّرتك » ونوىٰ تفويض عتقه إليه فأعتق نفسه في المجلس . . عتق**) فيه أمور :

أحدها : أن عبارة « المحرر » و« الروضة » وأصلها : (جعلت عتقك إليك)[3] ، فحذف « المنهاج » لفظ : جعلت ؛ فكأنه رأىٰ أنها غير مؤثرة ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو محتمل .

ثانيها : أن قوله : (**خيرتك**) بخاء معجمة من التخيير ، كذا هو في نسخ « المنهاج » ، وعبارة « الروضة » وأصلها : (**حررتك**)[4] بالحاء المهملة من التحرير ، وهو غير مستقيم ؛ فإن هـٰذه اللفظة صريحة في تنجيز العتق .

قال في « المهمات » وصوابه : حريتك مصدراً مضافاً كاللفظ المذكور قبله ، وهو العتق ، والظاهر أن الرافعي إنما ذكره هـٰكذا ، ولكن تحرف على النساخ فتابعهم في « الروضة » .

قلت : متىٰ كانت الصيغة : جعلت حريتك إليك . . كان صريحاً في التفويض ، ولم يحتج إلىٰ نية .

ثالثها : قد تفهم عبارته عود هـٰذه النية للصورة الأولىٰ أيضاً ، وليس كذلك ، بل هي خاصة بالأخيرة ، قاله شيخنا في « تصحيح المنهاج » .

رابعها : مقتضىٰ عبارته : امتداد ذلك إلى انقضاء المجلس ، وليس كذلك ، وعبارة « أصل الروضة » : فأعتق نفسه في الحال[5] ، وهو المعتمد كنظيره من تفويض الطلاق .

٦٣٧٨ـ قوله : (**أو « أعتقتك علىٰ ألف » ، أو « أنت حر علىٰ ألف » فقبل ، أو قال له العبد** :

---

(١) الروضة (١٢/١٠٨) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٩/ ٢٥٠ ، ٢٥١) .
(٢) التهذيب (٨/٣٥٥) .
(٣) المحرر (ص ٥١٥) ، فتح العزيز (١٣/٣٠٩) ، الروضة (١٢/ ١٠٩) .
(٤) الروضة (١٢/ ١٠٩) ، وأما فتح العزيز (١٣/ ٣٠٩) ففيها : (خيرتك) .
(٥) الروضة (١٢/١٠٩) .

« **أعتقني علىٰ ألف** » **فأجابه.. عتق في الحال ولزمه الألف**)[1] قال شيخنا ابن النقيب : كأنه انتقال من مسألة إلىٰ أخرىٰ ؛ فالذي في « الروضة » و« الشرح » في الصور الثلاث : عتق ، ولم يقل : في الحال ؛ إذ لا فائدة له ، ثم قال : ولو قال : (أعتقتك كذا إلىٰ شهر) فقبل.. عتق في الحال ، والعوض مؤجل ؛ فلعله انتقل من هـٰذه إلىٰ ما ذكر[2] .

وكذا قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : قوله : (**في الحال**) زيادة لا معنىٰ لها ، فإن قيل : معناها : أنه لا يتوقف عتقه علىٰ إعطاء الألف.. قلنا : ومن أين يتخيل هـٰذا حتىٰ يذكر ما يخرجه ، وإنما يتخيل هـٰذا فيما إذا قال : أعتقتك علىٰ ألف إلىٰ شهر ؛ فإن العبد إذا قبل.. يعتق في الحال والألف مؤجل .

٦٣٧٩ـ قوله : (**ولو قال** : « **بعتك نفسك بألف** » ، **فقال** : « **اشتريت** ».. **فالمذهب** : **صحة البيع**)[3] ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : فيه تجوز ؛ فإنه ليس عقد بيع **على الأصح** ، وإنما هو عقد عتاقة ؛ ولهـٰذا يثبت الولاء للسيد ، ولا يثبت فيه خيار المجلس .

٦٣٨٠ـ قوله : (**ويعتق في الحال وعليه ألف** ، **والولاء لسيده**)[4] إن كان داخلاً فيما عبر عنه بالمذهب.. ورد عليه أن لزوم الألف له لا خلاف فيه .

٦٣٨١ـ قوله : (**ولو أعتقه** ـ يعني : الحمل ـ.. **عتق دونها**)[5] محله : بعد نفخ الروح فيه ؛ ففي « أصل الروضة » في أواخر العتق عن « فتاوى القاضي حسين » : أنه لو كانت جاريته حاملاً والحمل مضغة فقال : أعتقت مضغة هـٰذه الجارية.. كان لغواً ؛ لأن إعتاق ما لم ينفخ فيه الروح لغو ، ولو قال : مضغة هـٰذه الجارية حر.. فهو إقرار بأن الولد انعقد حر ، أو تصير الأم به أم ولد ، قال النووي : ينبغي ألا تصير حتىٰ يقر بوطئها ؛ لأنه يحتمل أنه حر من وطء أجنبي بشبهة[6] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وقوله : (حتىٰ يقر بوطئها) غير كاف ، وصوابه : حتىٰ يقر بأن هـٰذه المضغة منه ، قال : وقوله : (مضغة هـٰذه الجارية حر) لا يتعين للإقرار ؛ فقد يكون إنشاء ؛ كقوله : أعتقت مضغة هـٰذه الجارية . انتهىٰ .

وقد لا يرد هـٰذا علىٰ قول « الحاوي » [ص ٧٠٠] : (**وتبعها حمل له** ، **لا العكس**) فإنه إنما ذكر أن الأم لا تتبع الحمل في الإعتاق ، ولم يطلق صحة إعتاق الحمل حتىٰ يستثنىٰ منه ما تقدم .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٥) .
(٢) السراج علىٰ نكت المنهاج (٨/٣٣٩) ، وانظر « فتح العزيز » (١٣/٣٠٩) ، و« الروضة » (١٢/١٠٩) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٥) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٥) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٥) .
(٦) الروضة (١٢/١٨٣) .

٦٣٨٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٤] : (**وإن أعتق شركاً له في عبد ، فإن كان معسراً . . عتق نصيبه ورق الباقي**) أي : استمر رقيقاً ، وكذا لو أعتق جميعه ؛ ولهٰذا قال « المنهاج » [ص ٥٨٥ ، ٥٨٦] : (**وإن كان بينهما عبد فأعتق أحدهما كله أو نصيبه . . عتق نصيبه ، فإن كان معسراً بقي الباقي لشريكه**) ، وكذا لو أعتق بعض نصيبه ، وسواء كان ذلك بنفسه أو بوكيله ؛ ولذلك أطلق « الحاوي » السراية[١] .

قال الروياني : ولو اقترض المعسر وأدى القيمة . . لم يكن للشريك قبولها ، وصورة عتق نصيبه : أن يقول : نصيبي منك حر ، أو أعتقت نصفك الذي لي ، فلو قال : نصفك حر وكان يملك نصفه . . فهل يعتق نصيبه كله ابتداء ، أم يقع علىٰ نصف النصف مشاعاً فيعتق الربع ، ثم يسري إلىٰ ربع آخر فقط إن كان معسراً وإلى الكل إن كان موسراً ؟ وجهان ، قال الإمام : ولا فائدة لهما إلا في تعليق طلاق أو عتق[٢] ، وقال ابن الرفعة : فائدتهما لو وكله شريك في عتق نصيبه . . فعلى الإشاعة يعتق جميعه عليهما ، وعلىٰ مقابله لا يعتق حصة الشريك ، وقد حكى الرافعي هٰذا الخلاف ، وبناه علىٰ هٰذا الأصل ، فقال : ولهٰذا التفات علىٰ أن النصف المطلق يحمل علىٰ ملكه أو يشيع[٣] .

وذكر له في « المهمات » فائدة أخرىٰ ، يحمل هي : ما إذا قال : أعتق نصفك عني علىٰ ألف ، فأطلق إعتاق النصف ؛ فإن نزلناه علىٰ نصفه . . استحق الألف ، وإن قلنا : يكون شائعاً حتىٰ لا يعتق أولاً إلا نصف نصيبه ثم يسري . . **فالراجح** : أنه لا يستحق إلا نصف الألف كما صحح النووي فيما لو سألته الطلاق ثلاثاً علىٰ ألف فطلقها طلقة ونصفاً ؛ لأن الإعتاق علىٰ مال كالخلع علىٰ مال[٤] .

واستثنىٰ شيخنا في « تصحيح المنهاج » من رق الباقي في المعسر : ما إذا باع شقصاً من رقيق ثم أعتق الباقي في مدة الخيار . . فإنه يسري إلىٰ حصة المشتري ، ولو كان البائع معسراً ؛ لأنه لو باعه كله ثم أعتقه في الخيار . . نفذ ، ولا يقال : لما سرىٰ . . كان فسخاً ، فلا شركة ؛ لأن الشركة كانت قائمة ولكن انقطعت بالسراية ، وكذا لو اشترىٰ ثوباً بشقص من رقيقه ثم أعتق الباقي علىٰ ملكه قبل لزوم البيع ، قال شيخنا : ويجري هٰذا في كل معاوضة محضة في حال خيار المجلس أو الشرط ، ولم أر من تعرض لذلك .

٦٣٨٣ـ قولهما ـ والعبارة لـ « المنهاج » ـ : (**وإلا . . سرىٰ إليه أو إلىٰ ما أيسر به**)[٥] يستثنىٰ

---

(١) الحاوي (ص ٧٠١) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٩/ ٢٠٥) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٣٤٠) .
(٤) انظر « الروضة » (٧/ ٤١٨) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٤٤) ، و« المنهاج » (ص ٥٨٦) .

منه : ما لو كان نصيب الشريك مستولداً ؛ بأن استولدها وهو معسر . . فلا سراية **على الأصح** ، ولو استولدها أحدهما وهو معسر ثم استولدها الثاني ثم أعتقها أحدهما . . ففي السراية الوجهان ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٢٠٧] : (**لا إن أولد**) وكذا حكم عكسه ؛ بأن يوسر الشريك المستولد ويعتق حصته . . فلا يسري إلى الباقي ؛ لأن شريكه لو أعتق حصته . . لم يسر إلىٰ حصة المستولد ، فكذا الآخر .

قال في « الكفاية » : ولو تعلق بحصة الذي لم يعتق حق لازم ؛ كما إذا كانت موقوفة . . لم يسر العتق إليها قولاً واحداً .

وذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » صوراً لا يعتبر فيها اليسار بالقيمة عن نصيب الشريك ، بل بالثمن الذي تواضعا عليه المقابل لمحل السراية :

منها : أن يبيع بعض عبده ، ويلزم البيع ثم يعتق الباقي علىٰ ملكه قبل القبض . . فيسري إلى الحصة المبيعة إذا كان موسراً بالثمن المقابل لها ، وحينئذ . . فينفسخ البيع ؛ لأن إتلاف البائع قبل القبض كآفة سماوية **في الأصح** ، ويعود الثمن إلى المشتري ، فلم نعتبر اليسار بالقيمة ؛ لأنها غير واجبة ، قال شيخنا : ويقاس به كل معاوضة عُقد فيها علىٰ شقص رقيق ثم أعتق المالك الباقي .

٦٣٨٤ـ قولهم ـ والعبارة لـ « المنهاج » : (**وعليه قيمة ذلك يوم الإعتاق**)[(١)] فيه أمور :

أحدها : مقتضاه : إيجاب قيمة ذلك البعض كالنصف مثلاً ، لا نصف قيمة الجميع ، وبينهما فرق ظاهر ؛ فإن نصف القيمة أكثر من قيمة النصف لأجل التشقيص ، وتكرر في كلام الرافعي ما يقتضي قيمة النصف ، لكنه ضرب مثالاً في عبد قيمته عشرون[(٢)] ، وإنما يستقيم علىٰ إيجاب نصف القيمة ، وفي « المهذب » في هـٰذه المسألة : أن الواجب قيمة النصف[(٣)] ، وتقدم ذلك في الصداق .

ثانيها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : يستثنىٰ من ذلك : الصور السابقة في حال الخيار وفي حال اللزوم ؛ فإنه ليس على المعتق فيها قيمة مع وجود السراية ، ويضاف إليها صور تحصل فيها السراية ولا يغرم فيها المعتق قيمة ما ذكر :

إحداها : إذا وهب الأصل لفرعه شقصاً من رقيق وقبضه ثم أعتق الأصل الباقي علىٰ ملكه . . فإنه يسري إلىٰ نصيب الفرع مع اليسار ، ولا يغرم له شيئاً **على الأرجح** ، وشاهده ما لو أعتق الأصل ما وهبه لفرعه . . فإنه يكون راجعاً ، ويصح العتق علىٰ وجه ، أو راجعاً ولا عتق علىٰ وجه ، أو

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٤٤) ، و« الحاوي » (ص ٧٠٢) ، و« المنهاج » (ص ٥٨٦) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٣١٦/١٣) .
(٣) المهذب (٣/٢) .

لا يصح الرجوع ولا العتق وهو المصحح ، قال شيخنا : وهـٰذا لا يأتي فيما نحن فيه ؛ لصحة السراية قطعاً ، فتعين أن يكون راجعاً ، وذلك يمنع الغرم .

الثانية : باع شقصاً من رقيق ثم حجر على المشتري بالفلس فأعتق البائع نصيبه . . فإنه يسري إلى الباقي الذي له الرجوع فيه بشرط يساره، ولا يغرم له شيئاً ؛ لأن عتقه صادف ما كان له أن يرجع فيه .

الثالثة : إذا كان لبيت المال شقص من رقيق فأعتقه الإمام . . فيحتمل السراية مع الغرم وعدمه ، وعدم السراية هو **أرجح** ؛ فلا استثناء[1] .

ثالثها : ظاهر عبارة « المنهاج » : أن اعتبار قيمة يوم الإعتاق على الأقوال كلها ، وبه صرح في « المحرر »[2] ، وهو كذلك ، وقيل : إذا قلنا بالأداء . . فالاعتبار بيوم الأداء ، وقيل : بالأكثر ، ورجحه الإمام والغزالي[3] ، ونقل « الروضة » عنهما اعتبار يوم الأداء وهمٌ .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأولىٰ** أن يقال : وقت العتق المرتب على الإعتاق ؛ لأنه هو الذي حصلت به السراية ، **والقياس** : أن يقال : وقت السراية ؛ لأنها التي حصل بها زوال ملك الشريك الذي لم يعتق .

رابعها : المراد بيوم الإعتاق والأداء : وقت الإعتاق والأداء ، وإطلاق اليوم جري على الغالب في أن قيمته لا يختلف في اليوم الواحد ، أو أريد باليوم القطعة من الزمان .

٦٣٨٥ـ قول « الحاوي » [ص ٧٠٢] : (**قدر فاضل متروك المفلس**) أي : يسري بقدر ما يفضل مما يترك للمفلس .

ضبط ذلك شيخنا في « تصحيح المنهاج » بضبط آخر لم يسبق إليه فقال : الموسر في السراية : من يملك ما يوفي المطلوب أو شيئاً منه عيناً لم يتعلق بها ما سيذكر أو ديناً حالاً علىٰ ما يتيسر تحصيله منه ، ومادة ذلك ما ذكر في الزكاة من وجوب الإخراج وعدم وجوبه ، وما فيه قولان ؛ فيعود أن هنا وفي الأجرة قبل استيفاء المنفعة قولان ، **أصحهما** : أنه لا تجب الإخراج إلا عن الذي تقرر ، ولكن **الأرجح هنا** : أنه يُعَدّ به موسراً ، ويوفىٰ به الدين ؛ لأن هـٰذا في مقابلة ما أتلف ؛ فتعلق بما يملكه المتلف ، وإن لم يستقر ملكه عليه ، بخلاف الزكاة ؛ فإن فيها معنى المواساة ، وإنما يُواسي من تم ملكه ، قال : ويخرج من ذلك أن العين إذا كانت مغصوبة بحيث لا يقدر مالكها على انتزاعها من الغاصب . . لا يُعَدُّ بها موسراً في السراية وكذا الضال والآبق والدين الذي على المكاتب ، وأما العين التي تعلق بها حق عبادة . . فلا يعد بها موسراً ، وذلك في الماء الذي تعلقت به

---

(١) انظر « حاشية الرملي » (٤/٤٣٨ ، ٤٣٩) .

(٢) المحرر (ص ٥١٥ ، ٥١٦) .

(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٩/٢٢٠ ، ٢٢١) ، و« الوجيز » (٢/٢٧١) .

الطهارة بعد الوقت ، وكذا ما تعلق به حق رهن مقبوض بدين مؤجل أو جناية توجب مالاً متعلقاً برقبة العبد ولا فضلة فيها ولا في الرهن بدين حال ، فإن كان هناك فضلة . . فهو موسر بالفضلة بالنسبة إلى السراية ، وكذا المبيع الذي تعلق به حق الحبس للبائع ، وإذا كانت العين غائبة بحيث يجوز أن يعطي من الزكاة . . فإنه لا يُعَدّ بها موسراً ، ولو كانت العينُ السريةَ التي أعف الفرع أصله بها ، وحجر عليه الحاكم فيها . . فإن الأصل لا يعد بها موسراً ؛ لعدم إمكان تصرفه فيها ولا تباع هاذه في دين الأصل ، ولا اعتبر مؤنة من تلزمه نفقته ذلك اليوم خلافاً لما قالوه ؛ لأنه في الزوجة دين ، وفي غيرها ينزل منزلته ؛ فهو كغيره من الديون ، وكونه يُترك ذلك لمن يباع ماله في الدين لا يخرجه عن اليسار ، والرهن الشرعي في عدم اليسار كالوضعي بدين حال ؛ لأن الرهن الشرعي لا يكون إلا علىٰ دين حال ، فإذا كان المعتق وارثاً لتركة عليها دين ولا فضل فيها . . فليس بموسر ، وإلا . . فهو موسر بالفضل ، ولا يعد موسراً بالأجرة المستقبلة في الموقوف عليه والمستولدة قطعاً ، ولو أمكن إجارته مدة بمعجل . . فإنه يتعلق بالمستقبل لا بالكائن عند الإعتاق ، ولا نظر إلىٰ ما ذكر في المفلس ؛ لأن الديون تتعلق بذلك .

٦٣٨٦- قول « التنبيه » [ص ١٤٤] : (**ومتىٰ يعتق حصة الشريك ؟ فيه ثلاثة أقوال ، أحدها : يعتق في الحال**) هو الأظهر ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي » ، ويستثنىٰ منه : ما لو كاتبا المشترك ثم أعتق أحدهما نصيبه . . فإنما يحكم بالسراية بعد العجز عن أداء نصيب الشريك **على الصحيح**[1] ، وظاهر كلامهم عتق حصة الشريك مع الإعتاق ، وصحح الرافعي ترتبه على الملك ، ذكره في التماس الإعتاق .

٦٣٨٧- قول « التنبيه » تفريعاً علىٰ هاذا القول [ص ١٤٤] : (**فإن اختلفا في القيمة . . فالقول قول المعتق**) محله : إذا مات أو غاب أو طال العهد ، فإن كان حاضراً ، والعهد قريباً . . أخذ بقول أهل الخبرة .

٦٣٨٨- قولهما ـ والعبارة لـ « المنهاج » ـ : (**وفي قول : بأداء القيمة**)[2] كذا الاعتياض عنها ، وقال الماوردي : لا يكفي الإبراء[3] ، وصحح شيخنا في « تصحيح المنهاج » صحته والاكتفاء به ، قال : ولو رضي بذمته . . **فالأرجح** : أنه يسري كرضا المشتري بذمة الشفيع ، ويحتمل أنه لابد من الإعطاء كما هو ظاهر الأحاديث .

٦٣٨٩- قول « التنبيه » علىٰ هاذا القول [ص ١٤٤] : (**فإن اختلفا في القيمة . . فالقول قول**

---

(١) في (د) : (وقد صرح به « الحاوي » فقال [ص ٧٠٢] : « **وإن كاتب إذا عجز** ») .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٤٤) ، و« المنهاج » (ص ٥٨٦) .

(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١٨/ ١٣ ، ١٤) .

الشريك) قد يفهم أن التفريع على الثالث بخلافه ، وليس كذلك ؛ فالقول قول الشريك تفريعاً على الثالث أيضاً .

٦٣٩٠ـ قولهما : (**وفي قول : إن دفعها . . بان أنها بالإعتاق**)[١] قد يفهم أنه ليس للشريك المطالبة بذلك علىٰ هٰذا القول ، وليس كذلك ، بل له المطالبة على الأقوال كلها ، ويجبر على القبول إن امتنع .

٦٣٩١ـ قول « التنبيه » في عتق أم الولد [ص ١٤٨] : (**إذا وطىء جاريته أو جارية يملك بعضها فأولدها . . فالولد حر والجارية أم ولد**) محله في المشتركة : أن يكون موسراً ؛ ولهٰذا قال « المنهاج » [ص ٥٨٦] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٧٠١] : (**واستيلاد أحد الشريكين الموسر يسري**) وفيه أمران :

أحدهما : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : يستثنىٰ من اعتبار اليسار : إذا كان الشريك المستولد أصلاً لشريكه . . فإنه يسري وإن كان معسراً كما لو استولد الجارية التي كلها له .

ثانيهما : قال شيخنا أيضاً : يزاد استيلاد أصل أحد الشريكين واستيلاد راهن النصف يسري إلى المرهون إن كان موسراً ، ويحتمل أن يثبت الاستيلاد في الجميع بلا سراية ؛ لأنه يملك كلها ، قال : ويجيء ذلك أيضاً في الرهن الشرعي في التركة ، وفي الجارية الجانية إذا كانت بين شريكين ففدىٰ أحدهما نصيبه ثم اشتراه الذي لم يفد واستولدها ؛ فإنه يسري الاستيلاد بشرط اليسار إلى النصف المتعلق به حق المجني عليه .

٦٣٩٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٦] : (**وعليه قيمة نصيب شريكه**) يستثنىٰ منه ما سبق في سراية العتق .

٦٣٩٣ـ قوله : (**وحصته من مهر المثل**)[٢] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هٰذا إذا تأخر الإنزال عن تغيب الحشفة كما هو الغالب ، فلو سبق الإنزال[٣] . . فقد سبق ما يقتضي الاستيلاد المقتضي لانتقال الملك للمستولد علىٰ ما يوجب حصة الشريك من مهر المثل ، فيكون كحصته من قيمه الولد ، وهي لا تجب علىٰ قول تعجيل السراية ، ولا علىٰ قول [التبيين][٤] ، وقد ذكر الإمام نحو ذلك في استيلاد الأصل جارية فرعه[٥] ، وحكاه الرافعي عنه[٦] ، ولم يذكراه هنا .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٤٤) ، و« المنهاج » (ص ٥٨٦) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٦) .
(٣) في (د) : (فلو سبق الإنزال عن تغيب الحشفة) .
(٤) في (د) : (تبين الملك) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٢/١٩٩) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (١٣/٣٢٧) .

٦٣٩٤ـ قوله : (**وتجري الأقوال في وقت حصول السراية**)[١] مقتضاه : أن **أصحها** : السراية بنفس العلوق ، وبه صرح في « أصل الروضة »[٢] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وقت العلوق لا اطلاع لنا عليه ، فيقال : تبين بالوضع حصول السراية بنفس العلوق إن ظهر بإنزال عُرف وقته .

٦٣٩٥ـ قوله : (**ولا يمنع السراية دين مستغرق في الأظهر**)[٣] فيه أمور :

أحدها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وصف الاستغراق ذكره المصنفون ولا حاجة إليه ، بل يجري الخلاف وإن لم يستغرق ، فإذا أوجبت السراية مائة وهي عنده لكن عليه خمسون . . لم يسر علىٰ ذلك القول إلا بقدر خمسين ، قال : وكلامهم في الزكاة وهي أصل هـٰذه المسألة صريح في الذي قررته .

قلت : ولذلك أطلق « الحاوي » في قوله [ص ٦٩٩] : (**لا قرينة**) .

ثانيها : قال شيخنا أيضا : لم أقف على القولين في كلام الشافعي ، واتفقوا علىٰ أن الخلاف في ذلك من اختلاف قولي الشافعي في أن الدين هل يمنع وجوب الزكاة ؟ فهما وجهان إلا عند من يحكي المخرج قولاً ، والذي يتجه عندنا القطع بأن الدين لا يمنع السراية .

ثالثها : ذكر الماوردي أن محل الخلاف في الحال[٤] ؛ فلا يمنع المؤجل قطعاً .

رابعها: لو كان بالدين الحال رهن لازم، وليس له غيره ولا يفضل منه شيء لو بيع . . لم يسر قطعاً.

خامسها : محل **الأظهر** : ما لم يحجر عليه الحاكم ويعين لكل غريم شيئاً من ماله ؛ فإن هـٰذا إذا حال عليه الحول . . لا زكاة عليه عند الأكثرين ، ومقتضاه : أنه لو وهب له شقص ممن يعتق عليه بالملك فقبله وقبضه . . لم يسر عليه ، ذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » ثم قال : وهـٰذا على اعتقادهم أن باب السراية مساوٍ لباب الزكاة في ذلك ، والذي عندي أنه يسري على المحجور عليه بقدر المضاربة كدين حدث[٥] .

٦٣٩٦ـ قوله : (**ولو قال لشريكه الموسر : « أعتقت نصيبك فعليك قيمة نصيبي » ، فأنكر . . صدق بيمينه ، فلا يعتق نصيبه ، ويعتق نصيب المدعي بإقراره إن قلنا : يسري بالإعتاق**)[٦] فيه أمور :

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٦) .
(٢) الروضة (١٢/ ١٢١) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٦) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٨/ ٢١) .
(٥) انظر « حاشية الرملي » (٤/ ٤٣٩) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٦) .

أحدها : قد يفهم منه أنه لو نكل عن اليمين فحلف المدعي . . عتق نصيبه ، **والأصح** خلافه ؛ لأن الدعوىٰ إنما توجهت عليه بسبب القيمة ، وإلا . . فلا معنىٰ للدعوىٰ علىٰ إنسان بأنه أعتق عبده ، وإنما هـٰذا وظيفة العبد ، لكن لو شهد آخر مع المدعي . . عتق ، وفائدة حلف المدعي اليمين المردودة : استحقاق القيمة .

ثانيها : قيد في « أصل الروضة » إعتاق نصيب المدعي بأن يحلف المدعىٰ عليه أو ينكل ويحلف المدعي[1] ، ولم يظهر لي وجهه ؛ فإنهما لو نكلا معاً . . كان الحكم كذلك فيما يظهر ؛ لوجود العلة في ذلك ، وهي إقراره .

ثالثها : كلامه يفهم أنه لا يعتق على القولين الآخرين ، وعبارة « أصل الروضة » : وإن قلنا بالمتأخر . . لم يعتق[2] ، قال شيخنا ابن النقيب : وهـٰذا واضح فيما إذا حلف المدعىٰ عليه ، أما إذا لم يحلف وحلف المدعي المردودة . . فينبغي أن يعتق جزماً ؛ فإنه قد أخذ القيمة[3] .

رابعها : أسقط شيخنا في « تصحيح المنهاج » من لفظ « المنهاج » (الموسر) ثم اعترض عليه : بأنه ناقص ، قال : وكأنه استغني بقوله : (**فعليك قيمة نصيبي**) عن ذلك ، والذي رأيته في عدة نسخ صحيحة إثبات هـٰذه اللفظة ؛ فلا اعتراض .

٦٣٩٧ـ قوله : (**ولو قال لشريكه : « إن أعتقت نصيبك . . فنصيبي حر بعد نصيبك » ، فأعتق الشريك وهو موسرٌ . . سرىٰ إلىٰ نصيب الأول إن قلنا : السراية بالإعتاق ، وعليه قيمته**)[4] فيه أمور :

أحدها : أنه لا حاجة إلىٰ قوله : (**بعد نصيبك**) فإنه لو أطلق قوله : (**فنصيبي حر**) . . كان حكمه كذلك ، وإنما يخالفه أن لو قال : قبله ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٧٠١] : (**وسرىٰ وإن علق عليه عتقه ، لا بسبق ومعية**) فدخل في كلامه أولاً حالة الإطلاق .

ثانيها : مقتضىٰ تقييد السراية بالتفريع علىٰ أنها بالإعتاق : أنا إذا قلنا بغيره . . كان بخلافه ، وليس كذلك ؛ فإنا إذا قلنا بالتبيين . . كان الحكم كذلك إذا أديت القيمة ، وإن قلنا بالأداء . . فنصيب المعلق عمن يعتق فيه وجهان بلا ترجيح في « الروضة »[5] ، **وصحح** شيخنا في « تصحيح المنهاج » أنه يسري عند الأداء ويعتق عن المنجز لا عن المعلق ، وهو مقتضىٰ بناء الرافعي ذلك على الخلاف في أنه إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه هل ينفذ إعتاق الآخر قبل أداء القيمة تفريعاً علىٰ هـٰذا

---

(١) الروضة (١٢/ ١٢٧) .
(٢) الروضة (١٢/ ١٢٧) .
(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ٣٤٣) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٦ ، ٥٨٧) .
(٥) الروضة (١٢/ ١٢٥) .

القول ؟[1] **والأصح** . . أنه لا ينفذ ، فيكون **الأصح** : عتقه بالسراية لا بالتعليق .

ثالثها : في « أصل الروضة » في الباب الأول من الوصايا ما يقتضي التسوية بين التعليق والسراية[2] ؛ ويؤيده أن **الأصح** : مقارنة المشروط لشرطه ، ومقتضاه : تقديم التعليق ؛ فإن السراية متأخرة ، فيتعارض هـٰذا مع ما علل به تقديم السراية ، وتلزم القرعة .

٦٣٩٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٧] : (**فلو قال : « فنصيبي حر قبله » ، فأعتق الشريك ؛ فإن كان المعلق معسراً . . عتق نصيب كل عنه ، والولاء لهما ، وكذا إن كان موسراً وأبطلنا الدور ، وإلا . . فلا يعتق شيء**) فيه أمور :

أحدها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لعتق نصيب المعلق عنه شرط ، وهو : أن يمضي بعد تعليقه قبل إعتاق المنجز زمن يسع الحكم بوقوع العتق عن المعلق ، ونص الشافعي علىٰ ما يقتضيه فقال : فيما لو قال : أنت طالق قبل أن أموت بشهر . . لا يقع الطلاق حتىٰ يعيش بعد القول أكثر من شهر بوقت يقع فيه الطلاق[3] .

ثانيها : عتق نصيب كل منهما عنه إذا كان موسراً تفريعاً علىٰ إبطال الدور ، كذا هو في « أصل الروضة »[4] ، وذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » : أن الرافعي تبع فيه البغوي[5] ، وهو غير معتمد ، قال : **والأصح المعتمد** تفريعاً علىٰ إبطال الدور : أنه يعتق كله عن المنجز بالمباشرة في نصيبه والسراية في نصيب شريكه ؛ لأنا إذا أبطلنا الدور . . ألغينا قوله قبله ، فصار كالإطلاق .

ثالثها : قال شيخنا أيضاً : تصحيح الدور هنا يؤدي إلىٰ إبطال إعتاق الشريك نصيبه ، وقد اتفق الأصحاب علىٰ بطلان الدور فيما لو قال لزوجته : إن فسخت النكاح بعيبي أو بعتقك . . فأنت طالق قبله ثلاثاً ؛ لأن فيه إبطال تصرف الزوجة ، ومقتضاه : أن لا يأتي هنا خلاف الدور ؛ لما فيه من منع نفوذ تصرف شريكه بالإعتاق في نصيبه ، وإن أتىٰ . . فيكون مستبعداً ضعيفاً .

٦٣٩٩ـ قوله : (**ولو كان عبد لرجل نصفه ولآخر ثلثه ولآخر سدسه ، فأعتق الآخران نصيبهما معاً . . فالقيمة عليهما نصفان على المذهب**)[6] فيه أمران :

أحدهما : قوله : (آخر) إن ضبطه المصنف بخطه بكسر الخاء ؛ ليوافق قوله في « المحرر » :

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٣١٧) .

(٢) الروضة (٦/ ١٣٩) .

(٣) انظر « الأم » (٥/ ٢٥٦) .

(٤) الروضة (١٢/ ١٢٦) .

(٥) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٣٣٥) .

(٦) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٧) .

(فأعتق الثاني والثالث)[1] ، وإلا . . فلو قال : (فأعتق اثنان منهما) كما في « الروضة » وغيرهما . . كان الحكم كذلك[2] ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٧٠٢] : (**بحصة رؤوس المعتقين**) فتناول جميع الصور .

ثانيهما : لا بد أن يكون كل منهما موسراً بنصف الواجب ، فلو كان أحدهما موسراً بما ينقص عن النصف . . سرىٰ عليه بقدر يساره ، والباقي على الموسر بالباقي ، ولو كانا موسرين بدون الواجب . . سرىٰ إلىٰ ذلك القدر بحسب يسارهما ، فإن تفاوتا في اليسار . . سرىٰ علىٰ كل منهما بقدر ما يجد .

٦٤٠٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٧] : (**وشرط السراية : إعتاقه باختياره**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنها عبارة غير وافية بالمقصود ، فمن اشترىٰ شقصاً ممن يعتق عليه ، أو قبل هبته أو الوصية به . . سرىٰ عليه ، وإن لم يصدر منه إعتاق ، وإنما صدر منه تعاطي سبب الملك باختياره ؛ فنزل ذلك منزلة إعتاقه . انتهىٰ .

وقد أفصح بذلك « التنبيه » فقال [ص ١٤٥] : (**وإن ملك بعضه** ـ أي : بعض من يعتق عليه ـ **فإن كان برضاه وهو موسر . . قوم عليه الباقي ، وعتق عليه ، وإن كان بغير رضاه . . لم يقوم عليه**) ، والظاهر أن ذلك لا يرد على « الحاوي » أيضاً ؛ فإنه قال [ص ٧٠١] : (**وسرىٰ مختاره ولمأذونه ؛ كشراء بعض ، وقبول هبة ، ووصية**) فإنه لم يصرح بأن الاختيار للإعتاق ، فأمكن حمله على اختيار سبب العتق ، ويدل لذلك أمثلته ، ولا فرق في شرائه لبعض أبيه بين علمه بأنه أبوه وجهله بذلك ؛ لقصده التمليك ، قاله « في البحر » ، ولشيخنا في « تصحيح المنهاج » فيه احتمالان ، **ورجح** هـٰذا ، وكأنه لم يستحضره حالة الكتابة منقولاً .

وما ذكرناه هو في غير المكاتب ، إما المكاتب : فإذا اشترىٰ بعض قريبه حيث يصح وعتق بعتقه . . فلا سراية ؛ لأنه لم يعتق باختياره ، بل عتق ضمناً ، حكاه في « أصل الروضة » في آخر الباب عن « فتاوى القفال » ، وأقره[3] .

وفيها في الكتابة قبل الحكم الرابع : أنه لو وهب للمكاتب بعض أبيه فقبله ، وصححنا قبوله ، فعتق المكاتب . . عتق عليه ذلك الشقص ، وهل يقوم الباقي عليه إن كان موسراً ؟ وجهان ، **أصحهما** : نعم[4] .

---

(١) المحرر (ص ٥١٦) .
(٢) الروضة (١٢/١١٧) .
(٣) الروضة (١٢/١٨٣) .
(٤) الروضة (١٢/٢٨٤) .

وفي « البحر » وجهان في السراية فيما إذا اتهب السفيه جزء من يعتق عليه ، أو قبل وصيته ، ولو ملك بعضه بتعجيز مكاتبه ؛ بأن اشترىٰ بعض من يعتق على السيد ثم عجزه السيد . . فلا سراية في **الأصح** ؛ لأن مقصوده فسخ الكتابة ، والملك يحصل قهراً .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : الذي يترجح عندنا السراية ؛ لأنه عارف بأن شقصاً ممن يعتق عليه مملوك لمكاتبه ، فإذا عجز مكاتبه . . ملك ما كان في ملكه باختياره ، فإن لم يعرف ذلك . . فهٰذا محتمل ، **والأرجح** : السراية ؛ فإن الإتلاف لا يختلف الحال فيه بين العلم والجهل بالنسبة إلى الضمان . انتهىٰ .

ولو أوصىٰ لزيد بشقص ممن يعتق علىٰ وارثه ؛ كأن أوصىٰ له ببعض ابن أخيه ومات زيد بعد موت الموصي وقبل قبول الوصية ، فقبلها أخوه . . عتق عليه الشقص ، **والأصح** في « أصل الروضة » : أنه لا يسري[1] ، **وصحح** شيخنا في « تصحيح المنهاج » : السراية وقال : إنه مقتضىٰ نص « الأم » و« المختصر » .

ولو أوصىٰ لزيد بشقص ممن يعتق عليه ولا يعتق علىٰ وارثه ؛ بأن أوصىٰ له بشقص من أمه ووارثه أخوه من أبيه ، فمات زيد بعد موت الموصي وقبل قبول الوصية ، وقبل أخوه الوصية . . عتق ذلك الشقص على الميت ، ويسري إن كان له تركة يفي ثلثها بقيمة الباقي ؛ لأن قبول وارثه كقبوله في الحياة ، قال الإمام : هٰكذا ذكره الأصحاب ، وفيه وقفة ؛ لأن القبول حصل بغير اختياره ، كذا في « أصل الروضة »[2] ، ومقتضاه : أن هٰذه الوقفة لم يقل بمقتضاها أحد ، وليس كذلك ؛ فقد ذكر الرافعي في الوصية ، أن الشيخ أبا علي ذهب إلىٰ عدم السراية ، وحكاه عن بعض الأصحاب[3] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وفيه وقفة من جهة أخرىٰ ، وهي أن الميت معسر مطلقاً إلا أن يوصي بالتكميل ، وسيأتي في « المنهاج » في آخر الفصل الذي يليه أنه لو وهب لعبد بعض قريب سيده فقبل ، وقلنا : يستقل به . . عتق وسرىٰ ، وعلىٰ سيده قيمة باقيه[4] ، وسنذكر هناك ما في هٰذا الفرع من الاضطراب .

ولاضطراب هٰذه الفروع قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إن هٰذا الشرط وقع فيه اضطراب شديد بحسب الصور .

---

(١) الروضة (١٢/ ١١٧ ، ١١٨) .

(٢) الروضة (١٢/ ١١٨) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٩/ ٢٤٥) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٧٥) .

(٤) المنهاج (ص ٥٨٨) .

٦٤٠١ـ قول « الحاوي » [ص ٧٠١] : (**لا إرثٍ ، ورد بعيبٍ**) صورة الرد بعيب : أن يبيع بعض ابن أخيه بثوب ويموت ، ووارثه أخوه أبو الابن ، فيجد بالثوب عيباً ، فيرده ويسترد الشقص . . فيعتق عليه ، وفي السراية وجهان ؛ فإنه تسبب في تملكه ، لكن مقصوده رد الثوب ، ومقتضىٰ كلام « أصل الروضة » قبيل الخاصة الثالثة : تصحيح عدم السراية ، كما في « الحاوي » فإنه بعد ترجيح عدم السراية في مسألة قال : (ويجري الخلاف في كذا) فذكر هـٰذه الصورة[١] ، لكن صحح النووي هنا من زيادته : أنه يسري[٢] .

٦٤٠٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٧] : (**والمريض معسرٌ إلا في ثلث ماله**) فيه أمور :

أحدها : فيه أشكال ؛ لأنه إن اعتبر حالة العتق . . خالف ما تقرر من أن اعتبار الثلث إنما هو بعد الموت ، وإن اعتبر بعد الموت . . خالف ما تقرر من أن اليسار المعتبر في السراية إنما هو الموجود حالة الإعتاق دون ما يطرأ بعده ، وفي « أصل الروضة » : احتج القاضي أبو الطيب وغيره باعتبار الثلث علىٰ أن التقويم يكون بعد موت المريض ؛ لأن الثلث يعتبر حالة الموت حتىٰ إذا لم يف الثلث بجميع العبد حال إعتاقه ، ثم استفاد مالاً ووفىٰ عند الموت . . قوّم جميعه[٣] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : يلزم منه اعتبار اليسار الطارىء بعد الإعتاق ، وهـٰذا لا يُعرف ، ويلزم منه اعتبار القيمة الحادثة بعد الإعتاق إلىٰ حالة التقويم ، وقد تزيد وقد تنقص ، وهـٰذا مخالف للقواعد ومخالف لما اتفقوا عليه من أن الاعتبار بالقيمة حالة الإعتاق تفريعاً علىٰ تعجيل السراية وعلى الوقف ، وكذا علىٰ قول أداء القيمة علىٰ ما سبق ، قال : وظهر من ذلك أن السراية هنا إنما تكون إذا قارن يساره الإعتاق واستمر إلىٰ حالة اعتبار الثلث ، فإن حدث إعسار اعتبر ؛ لحق الوارث ، وإن حدث يسار . . لم يعتبر ؛ لمخالفته السنة الصحيحة .

ثانيها : قال شيخنا أيضاً : اعتبار الثلث في سراية إعتاق المريض يقتضي أن الزائد عليه يتوقف علىٰ إجازة بقية الورثة ، وهو بعيد ؛ لأن السراية قهرية ، فلا تدخلها إجازة ، وأيضاً فهو معسر في الزائد على الثلث ومع الإعسار لا سراية ، قال : ولم أر من تعرض لذلك .

ثالثها : يستثنىٰ من إطلاقه : ما إذا أعتق نصيبه من عبد في مرض موته عن كفارة مرتبة بنية الكفارة بالكل . . فإنه يسري بشرط اليسار ، ولا يقتصر على الثلث ؛ لأن هـٰذه السراية وقعت عن واجب ، وكذا المخيّرة كما حكاه الرافعي عن المتولي ، ثم قال : وكأنه تفريع علىٰ أنه إذا أوصىٰ به . . أعتق من رأس المال ، ورده شيخنا في « تصحيح المنهاج » وقال : إنه جار على الوجهين .

---

(١) الروضة (١٢/ ١١٤) .

(٢) الروضة (١٢/ ١١٧) .

(٣) الروضة (١٢/ ١١٤) .

٦٤٠٣ـ قوله : (**والميت معسر**)[١] و« الحاوي » **عطفاً علىٰ ما لا سراية فيه** [ص ٧٠١] : (**وبعد موت**) فيه أمران :

أحدهما : أنه يدخل في إطلاقه ما إذا أوصىٰ له بشقص ممن يعتق عليه كأمه ، دون وارثه كأخيه لأبيه ، فمات **بعد** موت الموصي وقبل القبول ، فقبل أخوه ، لكن منقول الإمام عن الأصحاب : أنه يسري كما تقدم ذلك وما فيه ، ومثل صاحب « التعليقة » كلام « الحاوي » : بما إذا أوصىٰ له ببعض من يعتق علىٰ وارثه ، وقد عرفت تصحيح الرافعي والنووي فيها عدم السراية[٢] ، وتصحيح شيخنا في « تصحيح المنهاج » السراية .

لكن اعترضه القونوي : بأنه لا يعتق علىٰ عمه بدخوله في ملكه ، وإنما يعتق علىٰ أبيه بعد انتقاله إليه بالإرث ، فلا يصح التمثيل به ، وقد يقال : لا ترد الصورة الأولىٰ على « المنهاج » بتقدير القول بالسراية فيها ؛ لأنه يبين مراده بقوله عقب ما تقدم : (**فلو أوصىٰ بعتق نصيبه . . لم يسر**)[٣] وقد يقال : ليس في عبارته ما يدل على الحصر في هـٰذه الصورة ، ولا شك أنه لو كان جميع العبد له فأوصىٰ بعتق بعضه ، فأعتق . . لم يسر .

ثانيهما : يستثنىٰ من ذلك صور :

إحداها : لو قال : أعتقوا نصيبي وكملوا العتق . . كملناه إن خرج من الثلث ، وإلا . . فما يخرج ، قال القاضي أبو الطيب : وإنما يكمل باختيار الشريك ، وأطلقه الجمهور ، وصور الإمام والغزالي الوصية بالتكميل بقوله : اشتروا نصيب شريكي فأعتقوه ، فلو قال : أعتقوه عتقاً سارياً . . فلا سراية بعد الموت ، وذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » : أن ما قاله القاضي أبو الطيب والإمام والغزالي مردود .

الثانية : إذا كاتب شريكان أمة ثم أتت من أحدهما بولد واختارت المضي على الكتابة ، ثم مات المستولد وهي مكاتبة . . عتق نصيب **الميت** وبرىء ، وأخذ الشريك من تركة الميت القيمة ، حكاه شيخنا في « تصحيح المنهاج » عن نص « الأم » .

الثالثة : لو وصىٰ بصرف ثلثه في العتق فاشترى الوصي منه شقصاً وأعتقه ، وبقي منه قدر قيمة الباقي . . سرى العتق إليه ؛ لأن الشقص الباقي تناولته الوصية ، فكان كالوصية بالتكميل ، ذكره شيخنا أيضاً ، وقال : لم أر من صرح به .

الرابعة : إذا أوصىٰ له ببعض ممن يعتق عليه فمات بعد موت الموصي وقبل القبول ، فقبل

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٧) .

(٢) انظر « الروضة » (١٢/١١٧ ، ١١٨) .

(٣) المنهاج (ص ٥٨٧) .

وارثه . . فقد تقدم أن الإمام حكىٰ عن الأصحاب : أنه يسري في الثلث ، وفيه وقفة[1] ، وفي « أصل الروضة » في الوصية في هٰذه الصورة ما يقتضي أنه يسري من غير تقييد بالثلث[2] ، وهو مخالف للمذكور هنا .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : والتحقيق أنه إن كان الموصىٰ له صحيحاً حالة موت الموصي بحيث ينفذ تبرعه من رأس المال ، وكان موسراً بقيمة ما بقي ، واستمر يساره . . سرىٰ إلىٰ باقيه من غير تقييد بالثلث ؛ لأنه عند السراية التي ثبتت بقبول وارثه المنزل منزلة قبوله كان صحيحاً ، وإن كان عند موت الموصىٰ له مريضاً مرض الموت . . اعتبرت السراية من الثلث .

الخامسة : أوصىٰ لشخص بمن يعتق عليه فمات بعد موت الموصي وقبل القبول عن اثنين ، فقبل أحدهما . . صح قبوله في النصف ، وعتق على الميت ، وسرىٰ في نصيب القابل ، ولا اعتبار بيساره في نفسه ، ولا يسري إلىٰ نصيب من لم يقبل ، ذكره ابن الحداد وآخرون ، وقال الشيخ أبو علي : يجب أن لا يقوم على الميت ، ويقتصر العتق على القدر المقبول .

فصل

[في العتق بالبعضية]

٦٤٠٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٧] : (**إذا ملك أهل تبرعٍ أصله أو فرعه . . عتق**) فيه أمور :

أحدها : تبع « المحرر » في التقييد بأهل تبرع[3] ، ولم يذكر ذلك في « الروضة » ولا في « التنبيه » ، ولا معنىٰ له ؛ فإن الصبي والمجنون إذا ملكا ذلك . . عتق عليهما ، وقد ذكره بعد ، ووقع هٰذا التقييد في « الوجيز » فقال الرافعي : إنه احترز به عن الصبي ونحوه[4] ، وكأن الرافعي كتب ذلك من غير تأمل .

ثانيها : استثنىٰ شيخنا في « تصحيح المنهاج » من ذلك صور :

إحداها : إذا اشتراه وألزم البائع البيع . . فلا يعتق عليه ؛ لئلا يتضرر بإلزام البائع البيع ، فيبقى الخيار للمشتري ويملك المبيع ولا يعتق عليه ، قال : ولم أر من تعرض لهٰذا الفرع ، وفي « أصل الروضة » فيما إذا اشترىٰ من يعتق عليه عن الجمهور : أنه يبنىٰ ثبوت خيار المجلس علىٰ أقوال الملك في زمن الخيار ، فإن قلنا : للبائع . . فلهما الخيار ، ولا يحكم بالعتق حتىٰ يمضي زمن

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٩/ ٢٤٥) .

(٢) الروضة (٦/ ١٤٩) .

(٣) المحرر (ص ٥١٧) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٣٤٣) .

الخيار ، وإن قلنا : موقوف . . فلهما الخيار ، وإذا أمضينا العقد . . تبينا أنه عتق بالشراء ، وإن قلنا : للمشتري . . فلا خيار له ويثبت للبائع ، **والأصح** : أنه لا يحكم بعتقه حتىٰ يمضي زمن الخيار ثم يحكم يومئذ بعتقه من يوم الشراء[1] ، وحكى السبكي في الخيار عن الجوري : أنه لا يعتق وإن انقضى الخيار حتىٰ يوفي الثمن ؛ لأن للبائع حق الحبس ، فأشبه ما لو ورثه مرهوناً .

الثانية : سيأتي في « المنهاج » في الكتابة أنه إذا اشترى المكاتب من يعتق عليه وصححناه . . فإنه لا يعتق ؛ بل يتكاتب عليه[2] ، وكذا لو ملكه بهبة أو وصية . . فإنه لا يعتق عليه .

الثالثة : المبعض لو ملك ببعضه الحر أصله أو فرعه بشراء أو هبة أو وصية . . لم يعتق عليه ، وفي « أصل الروضة » في الأيمان : **المذهب** : أنه لا يكفر بالإعتاق ؛ لتضمنه الولاء والإرث ، وليس من أهله[3] .

ثالثها : ظاهر كلامهم أنه يملكه ثم يعتق عليه بعد الملك ، وهو المحكي عن الشافعي ، واستشكله في « المطلب » : بأن البعضية إذا نافت الملك . . فكيف نحكم بوجوده مع اقترانها بسببه ؛ ولهـٰذا قال ابن الحداد : إذا قهر مسلم قريبه الحربي . . لا يملكه ؛ لأن القرابة دافعة ، ولقوة هـٰذا السؤال قال الغزالي : عندي أنه لا يملكه ، بل يندفع الملك بموجب العتق ، ويترتب العتق علىٰ سبب الملك لا علىٰ حقيقته[4] ، واختاره هو أيضاً في تعليق الطلاق تبعاً لأبي إسحاق المروزي[5] ، وفي آخر « النهاية » : إنما جوزنا الشراء ذريعة إلىٰ تخليصه من الرق ، وإلا . . فالمقتضي لعدم الملك موجود[6] .

٦٤٠٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٧] : **(ولا يشتري لطفل قريبه)** كذلك المجنون ، فإن فعل . . فالشراء باطل ؛ فالممتنع الشراء والملك لا العتق إذا حصل الملك ، ولا يخفىٰ أن المراد : قريبه الذي يعتق عليه .

٦٤٠٦ـ قوله : **(ولو وهب له أو وصيَ له ؛ فإن كان كاسباً . . فعلى الولي قبوله ، ويعتق وينفق من كسبه ، وإلا ؛ فإن كان الصبي معسراً . . وجب القبول ، ونفقته في بيت المال ، أو موسراً . . حرم)**[7] فيه أمور :

---

(١) الروضة (٣/ ٤٣٤) .
(٢) المنهاج (ص ٥٩٨) .
(٣) الروضة (١١/ ٢٧) .
(٤) انظر « الوسيط » (٧/ ٤٨٢) .
(٥) انظر « الوسيط » (٦/ ٥٥) .
(٦) نهاية المطلب (١٩/ ٤٩٠) .
(٧) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٧) .

أحدها : أنه اعتبر كسب الأب قبل اعتبار إعسار الابن ، وعكس في « الروضة » فقال : فإن كان الصبي معسراً . . فلوليه قبوله ، ويلزمه في **الأصح** ، وظاهر النص ، فإذا قبل . . عتق على الصبي ، وإن كان موسراً . . نظر : إن كان القريب بحيث تجب نفقته في الحال . . لم يجز للولي القبول ، وإن كان بحيث لا تجب . . فعلىٰ ما ذكرنا في المعسر[1] ، وكذا عبر في « التنبيه » فقال [ص ١٤٥] : **(وإن وصىٰ لمولىٰ عليه بمن يعتق عليه ؛ فإن كان معسراً . . لزم الناظر في أمره أن يقبله ، وإن كان موسراً ؛ فإن كان ممن لا تلزمه نفقته . . وجب قبوله ، وإن كان ممن تلزمه نفقته . . لم يجز قبوله)** .

ثانيها : اعتبار الكسب مخالف **للأظهر** في النفقات : أن من لا يكتسب من الأصول مع القدرة على الكسب . . تجب نفقته ؛ ولذلك لم يعبر به « التنبيه » و« الروضة » ، وإنما عبر بوجوب النفقة كما تقدم ، وبه عبر الشيخ أبو حامد وأتباعه .

ثالثها : لو أوصىٰ لصبي بجده وعمه الذي هو ابن هـٰذا الجد موجود موسر . . لزم الوليّ القبول ، ولو كان الجد غير كاسب ؛ لأن نفقته في هـٰذه الحالة على العم لا على الصبي ، ولا يرد ذلك على التعبير بوجوب النفقة .

رابعها : اقتصر في « الأم » و« المختصر » علىٰ حال الصبي فقال : (وإن وهب لصبي من يعتق عليه أو أوصىٰ له به ولا مال له وله وصي . . كان عليه قبول هـٰذا كله ، ويعتق عليه)[2] ، ولم يتعرض لكون الموهوب كسوباً أو غير كسوب .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : عندي لا يجوز القبول إذا كان الصبي موسراً وإن قلنا : لا تجب النفقة ؛ لأنه قد يرفعه إلىٰ حاكم يرىٰ إيجاب النفقة ، ولا يكلفه الكسب ، فيتضرر الصبي بذلك ، ولا يجوز للولي فعل ما فيه خطر علىٰ مال الصبي ؛ ولهـٰذا لم يفرق الشافعي في مفهوم كلامه بين الكسوب وغيره .

خامسها : يرد على « المنهاج » : أن نفقته إنما تكون في بيت المال حيث لا يكون له من تجب نفقته عليه بزوجته أو قرابة غير الصبي المذكور .

٦٤٠٧ـ قول « التنبيه » فيما إذا أوصىٰ له ـ أي : للمولىٰ عليه ـ ببعضه ـ أي : ببعض من يعتق عليه ـ وهو موسر لا تلزمه نفقته [ص ١٤٥] : **(فيه قولان : أحدهما : لا يجوز القبول ، والثاني : يلزمه ، لكن لا يقوم عليه)** صحح النووي في « تصحيح التنبيه » الثاني[3] ، وتبعه شيخنا الإسنوي

---

(١) الروضة (١٢/١٣٣) .

(٢) الأم (٨/١٥) ، مختصر المزني (ص ٣٢١) .

(٣) تصحيح التنبيه (١/٤٤٦) .

في « تصحيحه »[1] ، لكن **الأصح** في « أصل الروضة » الأول[2] ، وقال النشائي : إنه لا سلف للتصحيح فيما صححه[3] .

٦٤٠٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٧ ، ٥٨٨] : (**ولو ملك في مرض موته قريبه بلا عوض.. عتق من ثلثه ، وقيل : من رأس المال**) تبع فيه « المحرر »[4] ، **والأصح** في « الشرحين » و« الروضة » الثاني حتىٰ يعتق كله وإن لم يكن له مال غيره[5] ، وعليه مشى « الحاوي » في الوصايا[6] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه **الأصح** الذي يقتضيه نص الشافعي ، علىٰ أن المحجور عليها بفلس لو أصدقت أباها.. عتق عليها ولم يكن للغرماء منه شيء ؛ لأنه يعتق ساعة يتم ملكها عليه ، قال شيخنا : وهو المعتمد في الفتوىٰ .

٦٤٠٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٨] : (**أو بعوض بلا محاباة** ـ أي : من البائع ـ.. **فمن ثلثه ، ولا يرث**) فيه أمور :

أحدها : لا يختص عدم إرثه بشرائه بعوض بلا محاباة ، بل يأتي فيما إذا ملكه بلا عوض من إرث أو هبة أو وصية ؛ ولعل كلامه يعود للصورتين ، وإذا امتنع إرثه مع التبرع ببعضه.. فكيف مع التبرع بكله .

ثانيها : علل الأصحاب منع إرثه : بأن عتقه من الثلث وصية ، والإرث لا يجامع الوصية ، قال الرافعي : كذا أطلقوه وعللوه ؛ وكأنه تفريع علىٰ بطلان الوصية للوارث ، فإن صححناها موقوفة علىٰ إجازة الوارث.. لم يمتنع الجمع بينهما ، فيحتمل أن يوقف الأمر على الإجازة ويحتمل خلافه[7] .

ثالثها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محل عدم الإرث : إذا لم يبرىء البائع المشتري بعد لزوم البيع ، فإن أبرأه.. ورث في **الأصح** ، فإن قيل : ما ملكه إلا بعوض.. قلنا : لم يدخل على الورثة تفويت يحسب من الثلث ، فكان من رأس المال ، ومن عتق من رأس المال.. كان وارثاً . انتهىٰ .

---

(١) تذكرة النبيه (٣/ ٢٤٢) .
(٢) الروضة (١٢/ ١٣٣) .
(٣) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٣١) .
(٤) المحرر (ص ٥١٧) .
(٥) فتح العزيز (١٣/ ٣٤٤) ، الروضة (١٢/ ١٣٤) .
(٦) الحاوي (ص ٤٢٣) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (٧/ ١٣٣) .

٦٤١٠ـ قوله : (**فإن كان عليه دين . . فقيل : لا يصح الشراء ، والأصح : صحته ، ولا يعتق : بل يباع للدين**)[١] فيه أمران :

أحدهما : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : تبع فيه الرافعي البغوي ، **والأصح** : أنه لا يصح ؛ لأن ترتب العتق علىٰ ملك البعض لازم ، وهو هنا غير ممكن ، فيمتنع التصرف الموصل إلىٰ ما لا يمكن ، كما لا يصح القبول فيما إذا وهب للمحجور الموسر شقص من يعتق عليه حيث لا تلزمه نفقته علىٰ الأصح في « الروضة » كما تقدم ؛ لافضائه إلى التقويم .

ثانيهما : عدم العتق تفريعاً علىٰ تصحيح الشراء محله : إذا كان الدين مستغرقاً ولم يبرىء الغرماء الميت من الدين ، فإن لم يكن مستغرقاً . . عتق منه ما بقي بعد وفاء الدين إن خرج من الثلث أو إجازة الوارث ، وإن أبرأ الغرماء . . عتق من الثلث ، ويحتاج في الزائد إلىٰ إجازة الوارث ، فإن لم يبرؤا ولكن قالوا : نجيز ما فعل . . فيحتمل أن يقال : الإجازة إنما تكون للوارث ؛ لأنه خليفته ، ويحتمل أن تصح وتكون تنفيذاً ، ولا يجيء فيها القول بأنها ابتداء عطية ، والأول أرجح .

٦٤١١ـ قوله : (**ولو وُهب لعبد بعض قريب سيده فقبل وقلنا : يستقل به ـ أي : وهو الأصح ـ عتق وسرىٰ ، وعلىٰ سيده قيمة باقيه**)[٢] كذا ذكره في « أصل الروضة » أيضاً ؛ وعلله : بأن قبول العبد كقبوله شرعاً ، وقال النووي : هـٰذا مشكل ، وينبغي أن لا يسري ؛ لأنه دخل في ملكه قهراً كالإرث[٣] ، وهـٰذا الذي بحثه النووي قد جزم به في « أصل الروضة » تبعاً للرافعي في الكتابة في تبرعات المكاتب معللاً بأنه قهري ، ثم قال : وفي « الوسيط » : وجه أنه يسري[٤] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وعدم السراية هو المعتمد ، والذي في « المنهاج » وجه ضعيف غريب لا يلتفت إليه .

وقال في « المهمات » : **الصواب** : السراية ؛ ولهـٰذا صححوا أن السيد يحلف على البت في نفي فعل عبده ؛ وعللوه : بأن فعله كفعله ، وهنا أمران :

أحدهما : أن محل جواز قبول العبد : ما إذا لم يتعلق وجوب النفقة بالسيد في الحال ، فإن تعلق به . . لم يصح قبوله قطعاً .

ثانيهما : ومحله أيضاً : في غير المكاتب والمبعض ، فإذا وهب للمكاتب بعض من يعتق علىٰ سيده . . صح قبوله بغير إذن السيد ، ولا يعتق منه شيء ما دامت الكتابة قائمة ، فان عجز نفسه بغير

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٨) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٨) .

(٣) الروضة (١٢/ ١٣٥) .

(٤) الروضة (١٢/ ٢٨٣) .

اختيار السيد.. ملك السيد ذلك الجزء، ولم يسر، وإن عجزه السيد.. فوجهان، **الأصح**: لا سراية أيضاً، وصحح شيخنا خلافه، وقد تقدم، وإن وهب للمبعض بعض من يعتق علىٰ سيده وبينهما مهايأة؛ فإن كان في نوبة الحرية.. فلا عتق، أو في نوبة الرق.. فكالقن، وإن لم يكن بينهما مهايأة.. فالذي يتعلق بالحرية لا يملكه السيد والذي يتعلق بالرق فيه ما سبق.

فصل

[في العتق في مرض الموت]

٦٤١٢ـ قول «المنهاج» [ص ٥٨٨]: (**أعتق في مرض موته عبداً لا يملك غيره.. عتق ثلثه**) فيه أمور:

أحدها: قال شيخنا في «تصحيح المنهاج»: العبارة الوافية بالمقصود أن يقال: عتق كله الآن بمقتضى الظاهر، ولكن لا ينفذ بعد الموت بغير إجازة إلا ما خرج من الثلث، وفائدة العتق ظاهراً: أنه لو كان المعتق أمة جاز لقريبها تزويجها قبل وفاة معتقها في **الأصح**، فإن نفذ العتق.. مضى النكاح على الصحة، وإلا؛ فإن رد الورثة أو أجازوا وقلنا: الإجازة عطية منهم.. بان فساد النكاح، وإلا.. بان صحته، قال شيخنا: وقضية هـٰذا أنه لو كان العتيق عبداً وتزوج مستقلاً.. صح تزوجه[1] ظاهراً **على الأصح**.

ثانيها: هـٰذا مقيد بأن لا يكون أعتقه عن عتق واجب كما تقدم نظيره.

ثالثها: محله أيضاً: في غير ولد المستولدة من غير السيد الذي ولدته بعد نفوذ الاستيلاد ظاهراً وباطناً؛ فهـٰذا له حكم الأم، فإذا أعتقه السيد.. عتق كله الآن ظاهراً وباطناً.

رابعها: ومحله أيضاً: في غير المكاتب كتابة صدرت في الصحة.. فهـٰذا يخير، فإن اختار العجز.. عتق ثلثه ورق ثلثاه، وإن اختار بقاء الكتابة؛ فإن كانت النجوم مثل القيمة.. **فالأصح**: أنه يعتق ثلثه وتبقى الكتابة في ثلثيه، وإن كان بينها تفاوت.. اعتبر خروج الأقل من الثلث.

خامسها: ومحله أيضاً: في ما إذا مات بعد السيد، فإن مات قبله.. ففيه أوجه:

أحدها ـ وهو **الأصح** عند الصيدلاني، وبه أجاب الشيخ أبو زيد، ورضيه المحمودي ـ: أنه يموت كله رقيقاً.

والثاني: يموت كله حراً.

قال الأستاذ أبو منصور: وهو **المشهور من المذهب**، والأول من تخريج ابن سريج، ويوافق موته حراً ما **رجحه** الرافعي في موت العبد الموهوب في يد المتّهب قبل موت الواهب المريض بلا

---

(١) في النسخ: (تزويجه)، ولعل الصواب ما أثبت، والله أعلم.

مال : أنه لا يجب ضمانه على المتّهب تفريعاً على **الأصح** ، وهو : بطلان الهبة[1] .

والثالث : يموت وثلثه حر وثلثاه رقيق ، وهو جواب القفال .

٦٤١٣ـ قوله : (**فإن كان عليه دين مستغرق . . لم يعتق منه شيء**)[2] استثنىٰ منه شيخنا في « تصحيح المنهاج » صوراً :

إحداها : إذا أبرأ أصحاب الدين من دينهم . . نفذ العتق لزوال المانع .

الثانية : إذا أعتقه عن واجب ككفارة قتل . . **فالأرجح** : نفوذه ، ولو أمكن إعتاق رقبة ببعض قيمته وصرف الباقي إلى الدين .

ثالثها : المنذور إعتاقه في حالة الصحة إذا أعتقه في مرض الموت . . نفذ مع الدين المستغرق[3] .

٦٤١٤ـ قول « التنبيه » في الوصية فيما إذا عجز الثلث عن التبرعات المنجزة في المرض [ص ١٤١] : (**وإن كان الجميع عتقا ولم تجز الورثة . . جُزِّؤا ثلاثة أجزاء وأُقْرِع بينهم ، وتكتب ثلاثة رقاع** . . . إلىٰ آخره) محله : إذا استوت قيمتهم وعددهم كما إذا كانوا ثلاثة أعبد وكل عبد منهم ثلث ماله ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٥٨٨] : (**ولو أعتق ثلاثة لا يملك غيرهم قيمتهم سواء . . عتق أحدهم بقرعة**) ودخل في عبارته : ما لو مات أحدهم قبل موت السيد . . فيدخل في القرعة ، **وهو المذهب** ، وينبغي تقييده بأن يكون إعتقاهم دفعة واحدة ، فلو أعتقهم مرتباً . . قدم الأول فالأول ، والقرعة لا تحصل العتق ، وإنما تميز العتيق ، والعتق حاصل من وقت إعتاق المريض ، وقوله : (**عتق احدهم بقرعة**)[4] يفهم خلافه .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ينبغي أن يقول : عتقوا كلهم الآن ظاهراً ، وإنما ينفذ بعد الموت بغير إجازة لمن تخرج القرعة له إذا خرج من الثلث كما تقدم له نظيره .

٦٤١٥ـ قولهما ـ والعبارة لـ « المنهاج » ـ : (**والقرعة : أن تؤخذ ثلاث رقاع متساوية** . . . إلىٰ آخره)[5] ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : أخذ ثلاث رقاع إنما يكون في قرعة التجزئة فيما إذا أعتق ثلاثة فأكثر ، فأما قرعة لا تجزئة فيها ؛ كما إذا أعتق عبدين . . فإنه ليس فيها أخذ ثلاث رقاع ، وقد نص علىٰ ذلك في « الأم »[6] ، وجرىٰ عليه الأصحاب ، ومقتضىٰ كلامهما : أنه

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٢٢١/٧) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٨) .
(٣) انظر « مغني المحتاج » (٥٠٢/٤) ، و« حاشية الرملي » (٤٤٧/٤) .
(٤) المنهاج (ص ٥٨٨) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٤١) ، و« المنهاج » (ص ٥٨٨) .
(٦) الأم (٦/٨) .

لا يجوز الاقتصار في الصورة الأولىٰ علىٰ رقعتين في إحداهما عتق والأخرىٰ رق ، وفيه وجهان بلا ترجيح في « الروضة »[1] ، قال الإمام : **والأوْجَه** : أنه احتياط[2] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو **الأصح** ؛ إذ ليس فيه إلا أنا إذا أخرجنا رقعة علىٰ عبد فخرج فيها رق يحتاج إلىٰ إدراجها في بندقتها مرة أخرىٰ . . فيكون ثلاث **أرجح** من رقعتين ، لا أنه ممنوع منه . انتهىٰ .

وقال شيخنا ابن النقيب : كلامهم يدل على الوجوب . انتهىٰ[3] .

ولا يتعين للقرعة الكتابة على الرقاع ، فتجوز بأقلام متساوية ، وبالنوىٰ والبعر ونحو ذلك ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٦٩٥] : (**ويقرع بخشب ونوىٰ**) فإن تفاوتت ؛ كدواة وقلم وحصاة . . فمنعه الصيدلاني ، وتوقف فيه الرافعي[4] .

٦٤١٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٨] : (**ويجوز أن تكتب أسماؤهم ثم تخرج رقعة على الحرية ، فمن خرج اسمه . . عتق ورقًّا**) مقتضاه : تعينه ، وليس كذلك ، بل له إخراج رقعة على الرق ، ولكن الأول أولىٰ ؛ لأنه أقرب إلىٰ فصل الأمر .

٦٤١٦/١ـ قوله : (**وإن كانوا ثلاثة ، قيمة واحد مئة ، وآخر مئتان وآخر ثلاث مئة . . أقرع بسهمي رق وسهم عتق**)[5] أي : إن أردنا كتبة الرق والحرية ليخرج على الأسماء ، وله عكسه ، وهو كتابة أسماء العبيد . . فيكمل الإخراج على الرق والحرية إلىٰ أن يستوفي .

٦٤١٧ـ قوله : (**وإن كانوا فوق ثلاثة وأمكن توزيعهم بالعدد والقيمة كستة قيمتهم سواء . . جعلوا اثنين اثنين**)[6] كذا لو كان قيمة ثلاثة منهم مئة مئة ، وثلاثة خمسين خمسين . . فيضم إلىٰ كل نفيس خسيس .

٦٤١٨ـ قوله : (**وإن تعذر بالقيمة ـ أي : والعدد أيضاً ـ كأربعة قيمتهم سواء . . ففي قول : يجزؤون ثلاثة أجزاء : واحد وواحد واثنان ؛ فإن خرج العتق لواحد . . عتق ثم أقرع لتتميم الثلث**)[7] معناه : أنه يقرع بين الثلاثة ، فمن خرج له سهم الحرية . . عتق ثلثه ، كذا قال الرافعي[8] .

---

(١) الروضة (١٢/١٤٦) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٩/ ٢٣١) .
(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ٣٥٢) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٣٥٨) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٨) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٩) .
(٧) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٩) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٣٦٢) .

قال شيخنا ابن النقيب : ويحتاج إلىٰ تأمل ؛ فإنه إن خرج للواحد . . عتق ثلثه ، وهـٰذا واضح ، وإن خرج للاثنين . . فكيف يفعل هل يعتق من كل منهما سدسه أم يقرع بينهما ثانياً ، فمن خرجت له القرعة . . عتق ثلثه ؟ لم أر من ذكره[١] .

قلت : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : المقصود من قوله : (**ثم أقرع لتتميم الثلث**) أن القرعة تعاد بين الثلاثة ، وأنهم مجزؤون أثلاثاً ، فمن خرج له سهم الحرية . . عتق ثلثه ، وقد صرح به البغوي في « التهذيب »[٢] ، ولا بد منه .

٦٤١٩ـ قوله : (**وفي قول : يكتب اسم كل عبد في رقعة ، فيعتق من خرج أولاً وثلث الثاني**)[٣] ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وقع في بعض النسخ (الباقي) بالباء الموحدة والقاف ، وفي بعضها (الثاني) بالثاء المثلثه والنون ، وهو **الصواب** .

واعترض في « التوشيح » عليه : بأنه توهم أنه يعتق **ثلث** الثاني من غير إعادة قرعة ، وشرطه : إعادة القرعة ، وهو في « المحرر » على الصواب[٤] .

وجوابه : أن مراده : ثلث الذي خرجت عليه القرعة ثانياً ؛ فإن تسميته ثانياً إنما هو باعتبار خروج القرعة عليه بعد الأول ، وإلا . . فمن أين جاء له هـٰذا الاسم .

٦٤٢٠ـ قوله : (**والقولان في استحبابٍ ، وقيل : إيجابٍ**)[٥] تبع في ترجيح الاستحباب « المحرر »[٦] ، وعليه يدل كلام « الحاوي » في القسمة ؛ حيث قال [ص ٦٩٥] : (**وإن تعذر متقاربة ؛ كثلاثين واثنين يعتق ثلث ثمانيةٍ متساويةٍ ، وبالأقرب إلى الفصل**) فخير بينهما ، وحكاه الرافعي عن القاضي حسين واختيار الإمام ، قال : وبالإيجاب قال الصيدلاني ، وهو الموافق لإيراد الأكثرين[٧] ، وتبعه في « الروضة » فقال : إنه مقتضىٰ كلام الأكثرين[٨] .

وحكاه شيخنا في « تصحيح المنهاج » عن نص الشافعي في « الأم » حيث قال : (ولا يجوز عندي أبداً أن أقرع بين الرقيق قلُّوا أو كثروا إلا علىٰ ثلاثة أسهم)[٩] .

٦٤٢١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٨٩] : (**وإذا أعتقنا بعضهم بقرعة فظهر مال وخرج كلهم من**

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ٣٥٤) .
(٢) التهذيب (٨/ ٣٧٧) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٩) .
(٤) المحرر (ص ٥١٨) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٥٨٩) .
(٦) المحرر (ص ٥١٨) .
(٧) فتح العزيز (١٣/ ٣٦٢ ، ٣٦٣) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٩/ ٢٣٣) .
(٨) الروضة (١٢/ ١٤٩) .
(٩) الأم (٨/ ٦) .

الثلث . . عتقوا ، ولهم كسبهم من يوم الإعتاق ، ولا يرجع الوارث بما أنفق عليهم) ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هـٰذا الإطلاق ممنوع ، وتفصيله أن الوارث إن علم بالحال وكتمه . . فهو متبرع لا يرجع ، وإن جهله ؛ فإن استخدمهم وأنفق عليهم علىٰ ظن أنهم عبيده . . فلهم الرجوع عليه بأجرة المثل ويرجع هو بما أنفق عليهم ، وإن لم يستخدمهم واكتسبوا كسباً . . فقد بان أنه لهم ، فيأخذون كسبهم ويرجع الوارث عليهم بما أنفق ، ولا سيما إن ألزمه الحاكم بذلك ، وكذا لو كان محجوراً بفلس فأنفق القاضي من ماله عليهم لصغر أو جنون أو سفه ، فأنفق عليهم وليه . . ثبت الرجوع ، وقد نص الشافعي في المكاتب إذا جُنَّ وحل النجم وليس له مال ظاهر ، فعجزه السيد بمحضر من الحاكم . . فإن الحاكم يوجب نفقته على السيد ، فلو ظهر للمكاتب مال . . يرد عجزه ويعتق عليه المكاتب ويرجع السيد بما أنفق عليه[1] .

ولما ذكر القاضي حسين أن الوارث لا يرجع . . قال : كما إذا أنفق علىٰ زوجته ثم بان فساد النكاح ، ثم قال : وهـٰذا ظاهر فيما إذا كان عالماً بفساد النكاح ، فإن كان جاهلاً . . فيحتمل أن يقال : يأخذ منها النفقة ، وهـٰكذا في مسألة العبيد .

قال شيخنا : ونحن نقطع في مسألة العبيد بأنه يرجع عليهم مع الجهل ؛ لأنهم حصل لهم أجرة المثل أو الأكساب ، ولم يحصل للزوجة شيء من ذلك ، فأمكن أن يقال : لا يرجع عليها بما أنفق حالة الجهل ، قال : ولما ذكر البغوي أنه لا يرجع . . قال : لأنه كان متبرعاً بالإنفاق ، لم يكن معذوراً ؛ كمن نكح امرأة نكاحاً فاسداً علىٰ ظن أنه صحيح ، ثم فرق القاضي بينهما . . لا رجوع للزوج بما أنفق عليها[2] .

قال شيخنا : ومقتضاه : أنه عالم ، وأنه لو جهل . . رجع ، ولكن يخالفه قوله : كمن نكح فاسداً علىٰ ظن أنه صحيح ، فوقعت المسألة في « التهذيب » غير محررة ، ولا نسلم أنه متبرع ، بل هو لازم له بمقتضى الظاهر ، فإن حكم به عليه حاكم ، أو كان محجوراً فأنفق الولي ، أو مفلساً فأنفق الحاكم . . ينبغي أن يرجع عليهم قولاً واحداً ؛ ويشهد للرجوع ما إذا زوجت لاثنين وعرف عين السابق ثم نسي وأوجبنا الإنفاق عليهما ، فأنفقا ثم عرف السابق . . فإن الثاني يرجع عليه بما أنفق .

٦٤٢٢ـ قول « التنبيه » فيما إذا أعتق إحدىٰ أمتيه [ص ١٤٥] : (**وإن وطىء إحداهما . . كان ذلك تعييناً للعتق في الأخرىٰ، وقيل: لا يكون تعييناً**) أقره النووي وشيخنا الإسنوي علىٰ ترجيح الأول[3] ،

---

(١) انظر « حاشية الرملي » (٤/ ٤٥٣) .
(٢) انظر « التهذيب » (٨/ ٣٧٩) .
(٣) تصحيح التنبيه (١/ ٤٤٣ : ٤٤٦) ، تذكرة النبيه (٣/ ٢٤٢) .

وصححه في « البحر » ، وفي « أصل الروضة » : فيه وجهان كما في الطلاق ، قال ابن الصباغ : وكونه تعييناً هو قول أكثر الأصحاب . انتهىٰ[1] .

فإحالته على الطلاق تقتضي استواء الترجيح ، **والراجح** في الطلاق : أنه لا يكون تعييناً ؛ ففي زيادة « الروضة » أنه **الأصح** عند الرافعي في « المحرر » ، **وهو المختار** ، قال في « الشامل » : وهو ظاهر نص الشافعي رحمه الله ؛ فإنه قال : إذا قال : إحداكما طالق.. منع منهما ، ومن يقول : الوطء تعيين.. لا يمنعه وطء أيتهما شاء[2] .

٦٤٢٣ـ قوله : (**وإن أعتق أحدهما بعينه ثم أشكل.. ترك حتىٰ يتذكر ، فإن مات.. قام وارثه مقامه**)[3] كذا جزم به هنا ، وحكىٰ في نظيره من الطلاق خلافاً ، وظاهر كلام « الكفاية » انفراده بذلك .

٦٤٢٤ـ قوله : (**فإن قال الوارث : لا أعرف.. أقرع بينهما في أحد القولين**)[4] **هو الأصح** .

* * *

---

(١) الروضة (١٢/١٥٣) .
(٢) الروضة (٨/١٠٥) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٤٥) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٤٥) .

باب الولاء

٦٤٢٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٩] : (**من عتق عليه مملوك بملك ، أو بإعتاقه ، أو بإعتاق غيره عنه بإذنه أو بتدبيره أو بكتابته أو باستيلاده . . فولاؤه له**) مثل قول « المنهاج » [ص ٥٩٠] : (**بإعتاق أو كتابة وتدبير واستيلاد وقرابة وسراية**) لدخول إعتاقه وإعتاق غيره عنه بإذنه تحت إطلاق « المنهاج » الإعتاق ، والعتق بالملك هو في القرابة والسراية داخلة في الإعتاق ؛ إذ لولا الإعتاق . . لما سرىٰ ، ولا يقال : قد أهملا التماس العتق من مالك العبد علىٰ مال أو مجاناً ؛ لدخوله في إعتاق غيره عنه بإذنه وفي إطلاق الإعتاق ، وإن عطفه في « الروضة » على الإعتاق[١] ، وأورده شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقد يقال : ذكر الكتابة والتدبير من عطف الخاص على العام ؛ لأنهما تعليق عتق بصفة ، والتعليق مع وجود الصفة إعتاق .

ويرد عليهما : بيع العبد من نفسه ؛ فإن له عليه الولاء على المذهب ، ولم يشمله كلامهما ، وقد صرح به « الحاوي » في الفرائض فقال [ص ٤١٣] : (**ثم المعتق ، ولو بعوض وبيعه منه**) .

وقد يرد عليهم : من يعتقه الإمام من عبيد بيت المال . . فإنه يثبت الولاء عليه للمسلمين لا للمعتق ، وقد يقال : خرج ذلك بقول « التنبيه » [ص ١٤٩] و« المنهاج » [ص ٥٩٠] : (**عتق عليه**) فإنه لم يعتق على الإمام ، وفهم من قول « التنبيه » [ص ١٤٩] : (**بإعتاق غيره عنه بإذنه**) أنه لو كان بغير إذنه . . لم يقع العتق عن المعتق عنه ، وإنما يقع عن المعتق ، وبه صرح الرافعي[٢] ، وانعكس ذلك على النووي في« الروضة » فقال : وقع العتق عن المعتق عنه ، وله الولاء دون المعتق ، وصحح عليه بخطه[٣] .

قال في « المهمات » : وهو خطأ فاحش ، قال : وفي الظهار عن البغوي : أنه لو قال : أعتق عبدك عني علىٰ ألف ، فقال : أعتقته عنك مجاناً . . عتق عن المعتق دون المستدعي[٤] ، قال : ومسألتنا أولىٰ منها بذلك . انتهىٰ .

٦٤٢٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٩] : (**فإن عتق على المكاتب عبد . . ففي ولائه قولان ، أحدهما : أنه لمولاه ، والثاني : أنه موقوف علىٰ عتقه ، فإن عتق . . فهو له ، وإن عجز نفسه . . فهو**

---

(١) الروضة (١٢/ ١٧٠) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٣٨٤) .

(٣) الروضة (١٢/ ١٧٠) .

(٤) انظر « التهذيب » (٦/ ١٧٤) .

لمولاه) **الأصح** : الثاني ، والمسألة مبنية علىٰ جواز إعتاقه بإذن سيده ، **والأصح** : منعه ؛ فهي مبنية علىٰ ضعيف .

٦٤٢٧ـ قوله : (**ومن ثبت له الولاء ، فمات . . انتقل ذلك إلىٰ عصبته**)[1] و« المنهاج » [ص ٥٩٠] : (**فولاؤه له ثم لعصبته**) يقتضي أنه لا يثبت الولاء للعصبة إلا بعد موت المعتق ، وليس كذلك ؛ فالولاء ثابت لهم في حياة المعتق **على المذهب المنصوص** في « الأم » في المسلم يعتق عبداً نصرانياً ويموت العتيق في حياة المعتق وله أولاد ذكور نصارىٰ علىٰ دين العتيق . . أنهم يرثونه وإن كان أبوهم المعتق حياً ، وهو مذكور في « الروضة » وأصلها في الدوريات في الوصايا ، ولو لم يثبت لهم الولاء إلا بعد موته . . لم يرثوا ، ذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » .

وقال السبكي : يتلخص للأصحاب فيه وجهان :

أصحهما : أنه لهم معه ، لكن هو المقدم فيما يمكن جعله له كإرث المال ونحوه .

والثاني : لا يكون لهم إلا بعد موته ، لا بطريق الانتقال الذي هو الإرث كما أوهمته عبارة « التنبيه » . انتهىٰ .

وسلم من ذلك « الحاوي » فإنه لم يذكر ترتب عصبة المعتق على المعتق في الولاء ، وإنما ذكر ترتبهم عليه في الإرث[2] ، وذلك لا ينافي إرثهم مع وجوده إذا قام به مانع من الإرث ، والمراد هنا : العصبة الذين يتعصبون بأنفسهم لا بغيرهم كما في الأولاد الذكور والإناث والإخوة والأخوات ، ولا مع غيرهم كالأخوات مع البنات ، وصرح بذلك « المنهاج » في الفرائض فقال [ص ٣٤٣] : (**فلعصبته بنسب المتعصبين بأنفسهم لا لبنته وأخته**) .

٦٤٢٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٠] : (**ولا ترث امرأة بولاء إلا من عتيقها وأولاده وعتقائه**) مكرر تقدم ذكره في الفرائض[3] ، ويرد علىٰ تعبيره هنا ولد العتيقة الذي علقت به بعد العتق من حر أصلي ؛ فإن **الأصح** : أنه لا ولاء عليه لأحد مع دخوله في عبارته ، ولا يرد ذلك علىٰ قوله في الفرائض : (**ولا ترث امرأة بولاء إلا معتقها أو منتمياً إليه بنسب أو ولاءٍ**)[4] ولا علىٰ قول « التنبيه » [ص ١٥٠] : (**ولا ترث النساء بالولاء إلا من أعتقن ، أو أعتق من أعتقن ، أو جر الولاء إليهن ممن أعتقن**) ، وأشار « الحاوي » لهـٰذه الصورة بقوله [ص ٤١٤] : (**أو معتق أصل من مس الرق أحد آبائه**) فإن هـٰذا لم يمس الرق أحد آبائه ، وإنما مس أمه ، وذكر في « الكفاية » أن قول « التنبيه » :

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٤٩) .

(٢) الحاوي (ص ٧٠٠) .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٣٤٣) .

(٤) المنهاج (ص ٣٤٣) .

(**أعتقن**) يخرج ما إذا عتق عليها قريبها بالملك ؛ لأنه فصل أول الباب العتق إلىٰ عتق بالملك وعتق بالإعتاق ، وليس كذلك ، بل لها ولاؤه اتفاقاً .

٦٤٢٩ـ قول « التنبيه » فيما لو نكح عبد معتقة [ص ١٤٩] : (**فإن أعتق جده والأب مملوك . . فقد قيل : لا ينجر من موالي الأم إلىٰ موالي الجد ، وقيل : ينجر**) **الأصح** : الانجرار ، وعليه مشى « المنهاج »[١] ، و« الحاوي » بقوله [ص ٤١٤] : (**وتجر ولاء غيره**) أي : جهة الأب ، فدخل في عبارة الجد ؛ ولأجله عدل عن التعبير بالأب للتعبير بجهة الأب ، وظاهر كلام « التنبيه » أنه لو كان الأب ميتاً . . انجر قطعاً ، وبه جزم « المنهاج »[٢] ، وهي الطريقة التي عليها أكثر الأصحاب ، كما قال ابن الصباغ .

٦٤٣٠ـ قول « التنبيه » في الوجه الأول [ص ١٤٩] : (**لا ينجر**) ظاهره عدم الانجرار ولو مات الأب بعد ذلك ، وعبارة « المنهاج » [ص ٥٩٠] : (**وقيل : يبقىٰ لمولى الأم حتىٰ يموت الأب فينجر إلىٰ موالي الجد**) فصرح بانجراره بعد موته ، وفي ذلك وجهان حكاهما الرافعي ، وقال : قطع البغوي بالانجرار[٣] .

قال النووي : وهو **أقوىٰ**[٤] ، لكن **صحح** الشيخ أبو علي : عدم الانجرار ، وخرج بكون الأم معتقه : ما إذا كانت حرة الأصل . . فإنه لا ولاء على الولد أصلاً ، والصورة : أن الأب رقيق ، فإن أعتق الأب . . فهل يثبت عليه لموالي الأب ؟ قال الشيخ أبو علي : فيه جوابان سمعتهما من شيخي في وقتين ، وهما محتملان ، كذا في « أصل الروضة »[٥] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : **الأرجح** من الجوابين : الثبوت .

واعلم : أن لفظ الانجرار وقع في كلام الفقهاء ، وأنكره القاضي أبو الطيب ، وقال : إن **الصواب** أن يقال : بطل ولاء موالي الأم ، ولا ينبغي إنكار ذلك ؛ فإن هـٰذا هو المراد ، والمعنىٰ فيه مفهوم ، والله أعلم .

وذكر صاحبا « التعليقة » و« المصباح » : أن قول « الحاوي » [ص ٤١٤] : (**وتجر ولاء غيره**) احتراز عما لو اشترىٰ هـٰذا الولد أباه ، فعتق عليه الأب . . فإنه لا ينجر ولاء نفسه إليه من معتق الأم ، بل يستمر الولاء لمعتق الأم ؛ إذ يبعد أن يثبت للإنسان الولاء علىٰ نفسه ، وهـٰذا هو **الأصح**

---

(١) المنهاج (ص ٥٩٠) .

(٢) المنهاج (ص ٥٩٠) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٣٩٠) .

(٤) انظر « الروضة » (١٢/ ١٧٢) .

(٥) الروضة (١٢/ ١٧١) .

في « الشرحين » و« الروضة » و« المنهاج »[1] ، **وصحح في** « المحرر » : الانجرار[2] .

قال في « المهمات » : والظاهر أنه سهو .

وعلىٰ ما ذكراه يكون الضمير في قول « الحاوي » [ص ٤١٤] : (**غيره**) للشخص نفسه لا للأب ، وهو بعيد ، والكلام إنما سبق لبيان جر الولاء من جهة غير الأب التي هي جهة الأم ، والله أعلم .

* * *

---

(١) فتح العزيز (١٣/ ٣٩٠) ، الروضة (١٢/ ١٧٢) ، المنهاج (ص ٥٩٠) .

(٢) المحرر (ص ٥٢٠) .

كتاب التدبير

٦٤٣١ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٥] : (**التدبير : أن يقول : « أنت حر بعد موتي » أو « إن مت من مرضي هٰذا ، أو في هٰذا البلد . . فأنت حر »**) و« المنهاج » [ص ٥٩١] : (**صريحه : « أنت حر بعد موتي » ، أو « إذا مت أو متىٰ مت . . فأنت حر » ، أو « أعتقتك بعد موتي »**) يرد على الحصر : ما لو قال : حررتك بعد موتي ، أو إذا مت . . فأنت عتيق ، ونحو ذلك من الصيغ التي تؤدي هٰذا المقصود ، فلو قالا مثل كذا . . كان أولىٰ ؛ ولهٰذا قال « الحاوي » [ق ١٠٣] : (**التدبير : تعليق [العتق][1] بموته**)[2] ، ونازع شيخنا في « تصحيح المنهاج » في قوله : (أعتقتك بعد موتي ، أو حررتك بعد موتي) لأن الفعل الماضي لا يكون في جواب الشرط أو ما نزل منزلته إلا وعداً ، لا جواباً لازماً ؛ ولأنه محال ؛ لأنه بعد موته لا يملك إعتاق عبده ؛ وأيده بنص الشافعي علىٰ أنه لو قال : (إن أعطيتني ألف درهم . . طلقتك) . . كان وعداً ، ولا يلزمه أن يطلقها ، وقال : لم أره في غير « تهذيب البغوي »[3] .

٦٤٣٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٥] : (**فإن قال : « دبرتك » ، أو « أنت مدبر » . . ففيه قولان**) **صحح** النووي في « تصحيح التنبيه » : الصحة[4] ، وهو يقتضي موافقته علىٰ طريقة القولين ، لكنه تبع في « الروضة » الرافعي في ترجيح طريقة القطع ، فقال : النص أنه صريح ، ويعتق إذا مات السيد ، ونص في الكتابة : أن قوله : كاتبتك علىٰ كذا لا يكفي حتىٰ يقول : فإذا أديت . . فأنت حر أو ينويه ، وفيهما طريقان ؛ فقيل : قولان ، **والمذهب** : تقرير النصين[5] .

وأشار « المنهاج » للطريقين بقوله [ص ٥٩١] : (**وكذا « دبرتك » أو « أنت مدبر » على المذهب**) ، وليس فيه ترجيح طريقة القطع .

ورد شيخنا علىٰ طريقة القطع : بأن في « الأم » : (ولو قال لأمته : ولدك ولد مدبر . . لم يكن هٰذا تدبيراً إلا أن يريد به تدبيراً)[6] ، وقال : يعني : إلا أن يريد به تدبيراً تحصل به الحرية بعد الموت ، قال : ومن قطع إنما هو لعدم الوقوف علىٰ هٰذا النص ، والله أعلم .

---

(١) في (ب) ، (ج) : (المعتق) والمثبت من (د) ومن « الحاوي الصغير » (ق ١٠٣) .
(٢) **سقط باب التدبير من المطبوع من كتاب « الحاوي الصغير » ، ووقفت عليه في المخطوط فتأمل؟!!**
(٣) انظر « حاشية الرملي » (٤/ ٤٦٤) .
(٤) تصحيح التنبيه (١/ ٤٤٨) .
(٥) فتح العزيز (١٣/ ٤٠٨ ، ٤٠٩) ، الروضة (١٢/ ١٨٦) ، وانظر « الأم » (٨/ ٤٧) .
(٦) الأم (٨/ ٢٧) .

٦٤٣٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩١] : (**ويصح بكناية عتق مع نية كخليت سبيلك بعد موتي**) نازع فيه شيخنا في « تصحيح المنهاج » لأن خليت فعل ماض كما تقدم عنه مثله في قوله : أعتقتك بعد موتي .

٦٤٣٤ـ قوله : (**ويجوز مقيداً ؛ كـ « إن مِتّ في هـٰذا الشهر أو المرض . . فأنت حر »**)[1] و« الحاوي » [ق ١٠٣] : (**ولو مقيداً**) ، وتقدم عن « التنبيه »[2] .

مثله نازع فيه شيخنا في « تصحيح المنهاج » وقال : إنه مخالف لنص « الأم » حيث قال : (ولو قال : أنت حر إن مت من مرضي هـٰذا أو في سفري هـٰذا أو في عامي هـٰذا . . فليس هـٰذا بتدبير ، وإذا صح ثم مات من غير مرضه ذلك . . لم يكن حراً ، والتدبير : ما أثبت السيد التدبير فيه للمدبر)[3] يعني : من غير قيد يتعلق بالموت ، وفي « مختصر البويطي » : (فهـٰذه وصية ، ليس بتدبير ولم أجد للشافعي نصاً يخالفه ، وحكاه الرافعي ، ورجح خلافه[4] ، وهو ممنوع ؛ فقد ظهر أن مذهب الشافعي : أنه وصية يصح الرجوع فيه ، وإن لم نر أحداً من الأصحاب قاله .

٦٤٣٥ـ قولهم ـ والعبارة « للمنهاج » ـ : (**ومعلقاً ؛ كـ « إن دخلت . . فأنت حر بعد موتي »**)[5] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : مقتضاه : أنه قبل الدخول غير مدبر ، وأن الموجود تعليق غير تدبير ؛ وذلك يقتضي أنه لا يجوز الرجوع فيه قولاً واحداً ، وهو مردود ؛ ففي جواز الرجوع عنه بالقول القولان في التدبير ؛ لأن هـٰذا تعليق للتدبير ، والتعليق لا يزيد على التنجيز ، قال : ولم أر من تعرض لذلك ، وهو من الدقائق .

٦٤٣٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩١] : (**فلو قال : « إن مت ثم دخلت . . فأنت حر » . . اشترط دخول بعد الموت**) وكذا قوله بعده : (**ولو قال : « إذا مت ومضىٰ شهر . . فأنت حر »**) وفي معناه قول « الحاوي » [ق ١٠٣] : (**وبزمن قبله وبعده**) ، يرد عليهما : أن **الأصح** في تعليقه بزمن بعد الموت أو فعل بعد الموت : أنه ليس تدبيراً ، وإنما هو تعليق كسائر التعليقات ، فلا يرجع فيه بالقول مطلقاً ، وأما تعليقه بزمن قبله . . فذكر بعضهم أنه من أفراد « الحاوي » .

٦٤٣٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩١] : (**ولو قال : « أنت حر بعد موتي إن شئت » . . اشترطت المشيئة متصلة**) تبع فيه « المحرر »[6] ، ولا يخفىٰ أن محله : إذا لم يقل : إن شئت بعد الموت ،

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٩١) .
(٢) التنبيه (ص ١٤٥) .
(٣) الأم (٨/١٧) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٣/٤١٠) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٤٥) ، و« الحاوي » (ق ١٠٣) ، و« المنهاج » (ص ٥٩١) .
(٦) المحرر (ص ٥٢١) .

أو ينوي ذلك ، وقد ذكر في « أصل الروضة » هاتين الصورتين ، وحكىٰ عن الإمام والغزالي أنه لا يشترط الفور بعد الموت ، وأن الإمام نفى الخلاف فيه ، وأن في « التهذيب » وغيره وجهين في : (إذا مت وشئت بعد موتي) في الفور ، قال : والصورة كالصورة[1] .

واقتضت عبارة « المنهاج » في حالة الإطلاق أن القبول في الحال ، ولم يتعرض لذكر هـٰذه الحالة في « الشرح » و« الروضة » ، وذكرها في « التهذيب » كما في « المنهاج » .

وفي « أصل الروضة » فيما إذا قال : (إن مت . . فأنت حر إن شئت) . . أنه يحتمل أن يراد المشيئة في الحياة ، ويحتمل المشيئة بعد الموت ، فيراجع ويعمل بمقتضىٰ إرادته ؛ فإن قال : أطلقت ولم أنو شيئاً . . **فالأصح** : حمله على المشيئة بعد الموت ، وأجاب الأكثرون منهم العراقيون وشرطوا : أن تكون المشيئة بعد الموت على الفور ، ومقتضىٰ ما سبق عن الإمام والغزالي : أنه لا يشترط الفور[2] ، وذكر « الحاوي » هـٰذه الصورة فقال [ق ١٠٣] : (**وإن علق ؛ كـ « إذا مت . . فأنت حر إن شئت »** ، **وشاء بعده**) ، وهو محمول علىٰ ما إذا لم يرد المشيئة في الحياة كما تقدم ، ولا فرق بين هـٰذه الصورة والتي في « المنهاج » ، فينبغي حمل التي في « المنهاج » علىٰ ما إذا أراد المشيئة في الحياة .

٦٤٣٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩١] : (**فإن قال : « متىٰ شئت » . . فللتراخي**) قد يفهم الاكتفاء بالمشيئة بعد موت السيد ، وليس كذلك ، بل يشترط كونها في حياته ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ق ١٠٣] : (**ومتىٰ شئت في الحياة**) ومحله : ما إذا لم يصرح بمشيئته بعد الموت أو ينويه . . فيشترط حينئذ كونها بعده .

٦٤٣٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩١] : (**ولو قالا لعبدهما : « إذا متنا . . فأنت حر » . . لم يعتق حتىٰ يموتا ، فإن مات أحدهما . . فليس لوارثه بيع نصيبه**) قد يفهم أنه تدبير ، وليس كذلك مطلقاً ، بل فيه تفصيل ؛ وهو أنهما إن ماتا معاً . . فهو عتق بتعليق لا تدبير ؛ لأنه معلق بموته وموت غيره ، والتدبير : أن يعلق بموت نفسه ، وإن ماتا مرتباً . . فنصيب الميت أولاً ليس مدبراً ، **والصحيح** : أنه صار بموته نصيب الثاني مدبراً ؛ لتعليق العتق بموته[3] .

٦٤٤٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٥ـ ١٤٦] : (**وإن كان عبد بين اثنين ، فدبراه ، ثم أعتق أحدهما نصيبه . . لم يقوم عليه نصيب شريكه في أصح القولين ، ويقوم في الآخر**) أقره النووي في « تصحيحه » علىٰ تصحيح الأول ، لكنه صحح في « أصل الروضة » تبعاً للرافعي الثاني[4] .

---

(١) الروضة (١٢/ ١٨٩) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٩/ ٣١٦) ، و« الوجيز » (٢/ ٢٧٧) ، و« التهذيب » (٨/ ٤٠٨) .
(٢) الروضة (١٢/ ١٩٠) .
(٣) انظر « الروضة » (١٢/ ١٨٨) .
(٤) في (د) : (وعليه مشى « الحاوي » فقال : « وإن دبر ») .

٦٤٤١ـ قوله : (**وفي الصبي المميز والمبذر قولان**)[١] فيه أمران :

أحدهما : **الأظهر** : بطلانه من الصبي المميز ، وعليه مشى « المنهاج »[٢] ، والمعتمد في التمييز كونه ابن سبع سنين ، وهي الحالة التي يؤمر فيها بالصلاة ويخير فيها بين الأبوين ، ولا يكتفىٰ بسن التمييز المعتبر عند المحدثين في صحة السماع وهو أربع أو خمس ، وصور الشيخ أبو حامد المسألة بالمراهق .

ثانيهما : **والأظهر** : صحته من المبذر ، بل رجح في « أصل الروضة » القطع به[٣] ، وجزم به في « المنهاج »[٤] ، ومحل الخلاف في المحجور عليه ، أما المبذر بلا حجر . . فلا خلاف في صحة تدبيره .

٦٤٤٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٢] : (**ولحربي حمل مُدَبَّره إلىٰ دارهم**) لا يخفىٰ أن ذلك في المدبر الكافر ، وبه صرح في « أصل الروضة »[٥] .

ويدل له قوله بعد ذلك فيما لو دبر كافر كافراً فأسلم : (**نزع من يده**)[٦] ، وفي معنىٰ مدبره : مستولدته ، بخلاف مكاتبه .

٦٤٤٣ـ قوله : (**ولو كان لكافر عبد مسلم فدبره . . نُقض وبيع عليه**)[٧] ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه غير مستقيم ؛ فإنه إن كان الذي ينقضه هو الحاكم قهراً . . لم يستقم قطعاً ؛ فإن القولين في الرجوع عنه بالقول إنما هما في المالك ، وإن كان الذي ينقضه هو المالك . . فهو محصور في رجوعه بالقول ، وفيه القولان ، ولا يستقيم أن يراد نقض المالك بالفعل ؛ لقوله بعده : (**وبيع عليه**) ثم إن مقتضاه : نقض التدبير قبل البيع ، وليس كذلك قطعاً .

قلت : الظاهر : أنه إنما أراد : أن تدبيره له باطل ؛ فإنه لا ينفذ تصرفه فيه إلا بما يزيل الملك ، أو ما في معناه وهو الكتابة ، وأريد بنقض ذلك : إظهار بطلانه ، لا إنشاء ذلك ؛ كنقض الحكم الباطل إنما يراد به إظهار بطلانه ، والله أعلم .

٦٤٤٤ـ قولهما ـ والعبارة « للتنبيه » ـ فيما إذا دبر الكافر عبده الكافر فأسلم العبد : (**أنه إن رجع في التدبير . . بيع عليه**)[٨] يفهم جواز رجوعه فيه بالقول ، **والصحيح** خلافه كما سيأتي .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٤٥) .
(٢) المنهاج (ص ٥٩١) .
(٣) الروضة (١٢/١٩٢) .
(٤) المنهاج (ص ٥٩١) .
(٥) الروضة (١٢/١٩٣) .
(٦) المنهاج (ص ٥٩٢) .
(٧) انظر « المنهاج » (ص ٥٩٢) .
(٨) انظر « التنبيه » (ص ١٤٦) ، و« المنهاج » (ص ٥٩٢) .

٦٤٤٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٢] : (**والتدبير : تعليق عتق بصفة ، وفي قول : وصية**) ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لم أجد في كلام الشافعي القول بأنه تعليق عتقه بصفة ، وإنما أخذه الأصحاب من منع الرجوع عنه بالقول ، وهو ممنوع ؛ لأنه يجوز أن يكون وصية فيها شائبة التعليق ؛ فامتنع الرجوع فيها بالقول علىٰ قول لذلك المعنىٰ ، وذكر الغزالي القولين في التغليب ، فيكون التدبير وصية بلا خلاف ، وإنما الخلاف في جواز الرجوع عنه بالقول ، وفي « الأم » نصوص تدل علىٰ ما قررته فوق الثلاثين نصاً ، ثم بسط ذلك .

٦٤٤٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٦] : (**وإن وهبه ولم يقبضه . . بطل التدبير ، وقيل : لا يبطل**) أقره النووي في « تصحيحه » علىٰ ترجيح الأول ، لكنه مبني علىٰ أنه وصية ؛ فان قلنا بأنه تعليق عتق بصفة . . لم يبطل ، ومقتضى البناء : **ترجيح** الثاني ، وهو **الأصح** في « أصل الروضة »[1] ، وفيه ما تقدم .

٦٤٤٧ـ قولهم ـ والعبارة « للتنبيه » ـ : (**وهل يجوز** ـ أي : الرجوع عنه ـ **بالقول ؟ فيه قولان ، أصحهما : أنه لا يجوز**)[2] **صحح** شيخنا في « تصحيح المنهاج » مقابله ؛ وعلله : بأنه وصية ، ولا نظر إلىٰ شائبة التعليق ، قال : وإنزاله منزلة التعليق يؤدي إلىٰ تعليق العتق على الحالة التي لا ملك فيها للمعلق ، وهو باطل بلا خلاف ، قال : وهو الذي **صححه** المزني والربيع ، واختاره القاضي أبو الطيب والروياني والموفق بن طاهر والغزالي في « الخلاصة »[3] .

٦٤٤٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٢] : (**فإن أولدها** ـ يعني : المدبرة ـ . . **بطل تدبيره**) و« الحاوي » : (**فيما يبطل التدبير والإيلاد**) أحسن من قول « التنبيه » [ص ١٤٦] : (**وإن دبر جاريته ثم أحبلها . . بطل التدبير**) لأنه لا يلزم من الإحبال الولادة ، وهي المعتبرة .

٦٤٤٩ـ قول « التنبيه » فيما إذا كاتب عبداً ثم دبره [ص ١٤٦] : (**وإن لم يؤد حتىٰ مات السيد . . عتق وبطلت الكتابة**) حكاه الرافعي عن الشيخ أبي حامد ، وأن ابن الصباغ قال : عندي أنه يتبعه ولده وكسبه كما لو أعتق السيد مكاتبه قبل الأداء ، قال : ويحتمل أن يريد بالبطلان : زوال العقد دون سقوط أحكامه[4] .

قال في « المهمات » : والصحيح مقالة ابن الصباغ ؛ فقد جزم بها في « البحر » ، وأول هـٰذا التأويل ، **وصحح** الرافعي فيما إذا وطىء مكاتبته فحبلت منه ثم مات قبل الأداء . . أنها تعتق عن

---

(١) الروضة (١٢/ ١٩٥) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٤٦) ، و« الحاوي » (ق ١٠٣) ، و« المنهاج » (ص ٥٩٢) .

(٣) الخلاصة (ص ٧١٤) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٤٢٤) .

الكتابة لا عن الاستيلاد ، حتىٰ يتبعها ولدها وكسبها ، ثم قال : وأجرىٰ هـٰذا الخلاف في تعليق عتق المكاتب بصفة ، وقد صحح في التدبير أنه تعليق عتق بصفة ، وإذا كان الاستيلاد مع قوته لا يبطل الكتابة . . فالتدبير الذي هو أضعف أولىٰ . انتهىٰ[1] .

٦٤٥٠ـ قوله : (**وإن دبر عبداً ثم كاتبه . . بطل التدبير في أحد القولين ، ولم يبطل في الآخر ، ويكون مدبراً مكاتباً**)[2] **الأصح** : أنه لا يبطل ، وهو ظاهر قول « المنهاج » [ص ٥٩٢] : (**ويصح كتابة مدبر**) ، وفي بعض نسخ « التنبيه » تصحيح الأول وفي بعضها حكايتهما بلا ترجيح .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأصح** : أنه **يبطل** التدبير إذا أراد بالكتابة الرجوع عنه .

٦٤٥١ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٦] : (**وإن أتت المدبرة بولد من نكاح أو زنا . . لم يتبعها في أصح القولين**) و« المنهاج » تبعاً « للمحرر » : (**لا يثبت للولد حكم التدبير في الأظهر**)[3] ، وقد يفهم من قول « الحاوي » [ق ١٠٣] : (**وتناول الحمل وعتق معها**) لكنه صرح في عتق أم الولد بعتقه فقال بعد ذكر عتق أم الولد : (**وولدها بعده ؛ كالتدبير**)[4] ، وهو الذي **رجحه** الرافعي في « الشرح الصغير » فقال : **أظهرهما** عند أكثرهم : السراية ، وأراد بها : التبعية ، وقال في « الكبير » : **أظهرهما علىٰ** ما ذكر الشيخان أبو حامد والقفال وغيرهما وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد : أنه يتبع[5] .

واختصره في « الروضة » بنقل ذلك عن الأكثرين من كلام الرافعي ، ثم استدرك عليه فقال : بل **الأظهر عند الأكثرين** : أنه لا يتبعها[6] .

وقد عرفت أن الرافعي في « الكبير » لم يصرح بنقله عن الأكثرين .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الترجيح** بالكثرة إذا انضم إليه الدليل . . كان هو المعمول به ، والأكثر على التبعية ، ثم بسط ذلك ، ثم قال : وظهر بهـٰذا أن أصح القولين أنه يتبعها . انتهىٰ .

ثم محل هـٰذا الخلاف : إذا لم تكن حاملاً وقت التدبير ، وقد ذكره « المنهاج » فقال [ص ٥٩٢] : (**ولو دبر حاملاً . . ثبت له حكم التدبير على المذهب**) و« الحاوي » فقال [ق ١٠٣] : (**وتناول الحمل**) .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هـٰذه طريقة الشيخ أبي حامد ومن تبعه ، وهي مردودة ؛

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٣/٥٦٣) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٤٦) .

(٣) المحرر (ص ٥٢٢) ، المنهاج (ص ٥٩٢) .

(٤) الحاوي (ص ٧١٠) .

(٥) فتح العزيز (١٣/٤٣٤) .

(٦) الروضة (١٢/٢٠٣) .

فقد نص الشافعي في « البويطي » على خلاف ذلك فقال : (فإن كان دبَّرها وبها حمل ؛ فإن أتت به لأقل من ستة أشهر . . فليس بمدبر ، وإن جاءت به لستة أشهر فما زاد . . فهو مدبر) ، وحكاه الروياني في « الكافي » عن اختيار المزني وقطع القفال ، قال شيخنا : ولا نص للشافعي يخالفه ، ووجهه أنها حبلت به في حالة لم يتعلق بها الحرية فيها ولا سببها ؛ فكان كولد المستولدة قبل الاستيلاد ، وهو **الأرجح** ، ولم يطلع الشيخ أبو حامد ومن تبعه على النص . انتهىٰ .

ومحل الخلاف أيضاً : فيما إذا انفصل قبل موت السيد ، فإن مات وهو حمل . . عتق معها بلا خلاف كما في « أصل الروضة »[1] ، وقد ذكره « الحاوي » بقوله [ق ١٠٣] : (**وعتق معها**) ، لكن في « الوسيط » وغيره : فيه وجه بعيد[2] .

واعلم : أن قول « التنبيه » [ص ١٤٦] و« المنهاج » [ص ٥٩٢] : (**من نكاح أو زنا**) تصوير لا تقييد ، فلو أتت به من وطء شبهة بحيث لا يكون حراً ، أو من نكاح فاسد ، أو علىٰ فراش زوج ونفاه الزوج باللعان ، أو ادعت أنه من السيد ونفاه . . فحكمه كذلك ، وعبارة « المختصر » عن الشافعي : (وما ولدت من غيره)[3] يعني : **من غير السيد** ، وهي مختصرة شاملة .

٦٤٥٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٢] : (**فإن ماتت أو رجع في تدبيرها . . دام تدبيره**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هـٰذا إنما يكون إذا رجع بالقول ، والمصنف يصحح أنه لا يجوز الرجوع بالقول ، فإن فرض أنه باعها . . فصحة بيعها تقتضي تبعية الحمل لها في البيع ، وذلك مبطل للتدبير في الحمل أيضاً ، وكذلك جميع ما يزيل الملك .

٦٤٥٣ـ قوله : (**وقيل : إن رجع وهو متصل . . فلا**)[4] محله : إذا لم يرجع بإزالة الملك ، فإن رجع بذلك . . كان رجوعاً عن تدبير الحمل إذا أزال ملكه عنه ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ق ١٠٣] : (**وعن الأم للحمل**) أي : وبطل بزوال الملك عن الأم تدبير الحمل .

٦٤٥٤ـ قوله : (**ولو ولدت المعلق عتقها . . لم يعتق الولد**)[5] أي : بعتقها و« التنبيه » في العتق [ص ١٤٤] : (**وإن أتت الجارية التي علق عتقها علىٰ صفة بولد . . تبعها الولد في أحد القولين ، ولا يتبعها في الآخر وهو الأصح**) يتناول ما لو كانت حاملاً عند التعليق وانفصل قبل وجود الصفة ، وفي « الكفاية » عن ابن الصباغ وغيره : أنه يتبعها في هـٰذه الحالة قطعاً ، وجعله النووي في « تصحيحه » من موضع الخلاف فقال : **الأصح** : أن المعلق عتقها إذا كانت حاملاً حال التعليق . .

---

(١) الروضة (١٢/ ٢٠٤) .
(٢) الوسيط (٧/٥٤٣ ، ٥٤٤) .
(٣) مختصر المزني (ص ٣٢٣) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥٩٢) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٥٩٢) .

ثبت للولد حكم الأم[1] ، وهو مقتضىٰ كلام « المحرر » فإنه حط حكم ولد المعلق عتقها علىٰ حكم ولد المدبرة[2] .

والمراد بالتبعية : أن يتبعها في العتق لا في الصفة إذا كانت الصفة فعلها كدخول الدار ، حتىٰ لو ماتت قبل الدخول فدخل ولدها . . لم يعتق ، أما لو كانت حاملاً عند وجود الصفة . . فإنه يعتق الحمل قطعاً .

٦٤٥٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٣] : (**ويعتق بالموت من الثلث كله أو بعضه بعد الدين**) أي : وبعد التبرعات المنجزة في المرض .

٦٤٥٦ـ قوله فيما لو علق عتقاً علىٰ صفة : (**وإن احتملت الصحة فوجدت في المرض . . فمن رأس المال في الأظهر**)[3] محله فيما إذا كان وجودها في المرض بغير اختياره ؛ كنزول المطر ، فإن كان باختياره ؛ كدخول الدار . . اعتبر من الثلث .

٦٤٥٧ـ قوله ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » : (**ولو ادعىٰ عبده التدبير فأنكر . . فليس برجوع**)[4] جزم به في « أصل الروضة » هنا[5] ، وجعله في الدعاوىٰ رجوعاً[6] .

قال في « المهمات » : والمذكور هنا هو الصواب ؛ لنص الشافعي عليه . انتهىٰ .

وأما إنكار الموكل الوكالة . . **فالأصح** هنا : أنه رجوع ؛ فإن فائدتها العظمىٰ تتعلق به ، وفي « المهمات » : إنه المفتىٰ عليه ، وحكوا في الوكالة عن الغزالي التفصيل بين أن يكون لغرض أم لا ، وجزم به في « الشرح الصغير » .

قال في « التوشيح » : ولعله **الأرجح** هنا ، والغالب أن له غرضاً في الإنكار بعد الدعوىٰ ، فكان إطلاق أنه ليس برجوع هنا محمولاً علىٰ أن له غرضاً في ذلك .

٦٤٥٨ـ قول « الحاوي » [ق ١٠٣] : (**ولا يلزم الوارث**) أي : أن يفدي الجاني المدبر إذا مات السيد قبل البيع واختيار الفداء .

محله : إذا لم يفِ ثلث المال بالأرش وقيمة العبد ، فإن وفىٰ . . لزمه الفداء من التركة ؛ لأنه أعتقه بالتدبير السابق ، وقد يقال : لا يرد ذلك ؛ لأن الوارث لم يُفْدِه ، إنما فُدي من التركة .

* * *

---

(١) تصحيح التنبيه (١/ ٤٤٤) .
(٢) المحرر (ص ٥٢٣) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٩٣) .
(٤) انظر « الحاوي » (ق ١٠٣) ، و« المنهاج » (ص ٥٩٣) .
(٥) الروضة (١٢/ ١٩٧) .
(٦) الروضة (١٢/ ١٨) .

كتاب الكتابة

٦٤٥٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٦] : (**الكتابة قربة**) قيده بعد ذلك فقال : (**ولا تستحب إلا لمن عرف كسبه وأمانته**) ولو جمع الكلامين . . لكان أولىٰ كما فعل « المنهاج » فقال [ص ٥٩٤] : (**هي مستحبة إن طلبها رقيق أمين قوي على الكسب**) و« الحاوي » فقال [ص ٧٠٣] : (**وندبت بطلب أمين كسوب**) وزادا تقييد الاستحباب بأن يطلبها .

٦٤٦٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٤] : (**ولا تكره بحال**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : يستثنىٰ منه : ما إذا كان فاسقاً يضيع ما يكسبه في الفسق ، واستيلاء السيد عليه يمنعه من ذلك ، فتكره كتابته ، وقد ينتهي الحال إلى التحريم .

٦٤٦١ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٦] : (**ولا يصح حتىٰ يقول : كاتبتك علىٰ كذا ، فإذا أديت . . فأنت حر**) لا يحتاج للتلفظ بقوله : (**فإذا أديت . . فأنت حر**) ، بل تكفي نيته ، وقد ذكره « المنهاج » فقال [ص ٥٩٤] : (**ولو ترك لفظ التعليق ونواه . . جاز**) و« الحاوي » فقال [ص ٧٠٣] : (**بكَاتَبْتُ ، بـ« إن أديت . . فأنت حر » أو نيته**) وحكى النووي في « تصحيحه » في ذلك خلافاً ، فقال : فيما عبر فيه **بالأصح** : وأنه إذا قال : (كاتبتك) ، ولم يقل : (فإذا أديت . . فأنت حر) ، لكن نواه . . صحت[(١)] ، وتبعه شيخنا الإسنوي في « تصحيحه »[(٢)] .

لكن قال في « المهمات » : إنه غلط ، وكذا قال النشائي : إنه غير سديد ؛ فإنه لا خلاف فيه إذا نواه كما إذا تلفظ به[(٣)] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : كلامهم يقتضي تعين ذلك ، وليس كذلك ، بل المتعين أن يقول : فإذا برئت منه أو فرغت ذمتك منه . . فأنت حر أو ينويه ، قال : وإنما قلت ذلك ؛ لأن حرية المكاتب تحصل بأداء النجوم أو الإبراء منها ، وقوله : (فإذا برئت منه) يشمل البراءة بأداء النجوم والبراءة الملفوظ بها ، وكذا فراغ الذمة يكون بالاستيفاء وبالإبراء اللفظي ، قال : ولم أر من تعرض لذلك ، وإنما اقتصر الشافعي والأصحاب علىٰ قوله : فإذا أديت . . فأنت حر ؛ لأن الغالب في الكتابة الأداء ، بل لا يتعين التعليق الذي ذكرناه ، فلو قال : كاتبتك علىٰ كذا منجماً الكتابة التي يحصل فيها العتق . . كان كافياً في الصراحة ؛ لأن القصد إخراج كتابة الخراج ، ولو اقتصر علىٰ

---

(١) تصحيح التنبيه (١/ ٤٤٩) .
(٢) تذكرة النبيه (٣/ ٢٤٦) .
(٣) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٣١) .

قوله : ليست كتابة الخراج . . فالظاهر صراحته[١] .

٦٤٦٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٤] : (**ويقول المكاتب : « قبلت »**) عبارة « المحرر » : (ويقول العبد)[٢] ، وكذا في « الروضة » وأصلها[٣] ، وقال شيخنا ابن النقيب : وهو أحسن ؛ فإنه لو قبل الكتابة من السيد أجنبي علىٰ أن يؤدي عن العبد كذا في نجمين ؛ فإذا أداهما فهو حر . . فوجهان :

أحدهما : يصح كخلع الأجنبي .

والثاني : لا ، وصححه النووي ؛ لمخالفة موضوع الباب ، فعلىٰ هـٰذا : يجب كون القبول من العبد ، لكن إذا أدّى الأجنبي . . عتق بالصفة ، ويتراجعان[٤] .

قلت : لم يظهر لي بينهما تفاوت ؛ فإن المكاتب هو العبد لا ذلك الأجنبي ، والله أعلم .

٦٤٦٣ـ قوله : (**وشرطهما : تكليف وإطلاق**)[٥] فيه أمور :

أحدها : يرد عليه الولي ؛ فإنه مطلق التصرف في مال محجوره مع أنه لا تصح كتابة عبده ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٧٠٣] : (**صح كتابة أهل تبرع**) فأخرج الولي ، وكذا عبر في « أصل الروضة »[٦] ، وذكر بعضهم أنه كان في أصل « الحاوي » : (أهل التبرع) بالتعريف ، فأسقطه ابن المصنف ؛ ليحسن إخراج المرتد منه ؛ فإنه ليس أهلاً للتبرعات ، قال القونوي : وهـٰذا بناء منه علىٰ وجوب دخول المعطوف بـ (لا) في المعطوف عليه ، وذلك غير لازم ، وعبارة « التنبيه » [ص ١٤٦] : (**ولا تجوز إلا من جائز التصرف في ماله**) فيمكن أن يكون احترز بقوله (**في ماله**) عن الولي .

ثانيها : اشتراط الإطلاق في العبد ليس في « المحرر » ، ولم يذكره أحد ، وعبارة « التنبيه » [ص ١٤٦] : (**ولا يجوز أن يكاتب إلا عبداً بالغاً عاقلاً**) فاقتصر على التكليف كما في « المحرر » وغيره[٧] ، وعبارة « الحاوي » [ص ٧٠٣] : (**كل ما رق**) فلم يعتبر وصفاً زائداً على الرق ، وكأن سكوته عن اعتبار التكليف فيه ؛ لوضوحه ، ولو كاتب عبده الصغير وقال : (فإذا أديت . . فأنت حر) فأدىٰ . . عتق ، وفيه احتمال للإمام ، وهل عتقه بالصفة المجردة أم له حكم الكتابة

---

(١) انظر « نهاية المحتاج » (٨/ ٤٠٥) .

(٢) المحرر (ص ٥٢٤) .

(٣) فتح العزيز (١٣/ ٤٤٣) ، الروضة (١٢/ ٢٠٩) .

(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ٣٧٤) .

(٥) انظر « المنهاج » (ص ٥٩٤) .

(٦) الروضة (١٢/ ٢١٧) .

(٧) المحرر (ص ٥٢٤) .

الفاسدة من التراجع ونحوه ؟ فيه وجهان ، **أصحهما** : الأول .

وأورد النشائي علىٰ عبارة « التنبيه » : أنها تشمل العبد المستأجر ، والمرهون ، وسيأتي في « المنهاج » أنه لا تصح كتابتهما ، والمغصوب ، وقد نقل الرافعي في البيع عن « البيان » أنه لا تصح كتابته ، وكلام المتولي يقتضي الصحة[1] .

وقال في « التوشيح » : حاصله أن كل من تكاتب بهٰذه الصفة ، لا أن كل من بهٰذه المثابة مكاتب ، فلا ينتقض بهٰؤلاء .

ثالثها : أهملوا اشتراط الاختيار فيهما ، ولا بد منه ، وقد ذكره في « أصل الروضة » فيهما[2] .

٦٤٦٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٤] : (**وكتابة المريض من الثلث ، فإن كان له مثلاه ـ أي : عند الموت ـ . صحت كتابته كله**) وقد توهم عبارته اعتبار ذلك حال الكتابة .

٦٤٦٥ـ قوله : (**ولو كاتب مرتد . . بُني علىٰ أقوال ملكه ، فإن وقفناه . . بطلت على الجديد**)[3] تقدم في كتاب الردة بما فيه .

٦٤٦٦ـ قوله : (**ولا تصح كتابة مرهون**)[4] أي : [كتابة لازمة][5] بالقبض بغير إذن المرتهن ، وفي معناه : الجاني جناية توجب مالاً متعلقاً برقبته ، فلو أوجبت قصاصاً فكاتبه ثم عفا المستحق علىٰ مال . . **بطلت** الكتابة .

٦٤٦٧ـ قوله : (**ومكرىً**)[6] كذا جزم به في « أصل الروضة » هنا[7] ، وحكىٰ في الإجارة فيه وجهين ، وقال من زيادته : البطلان أقوىٰ[8] ، وحكاه شيخنا الإمام البلقيني عن نص البويطي .

٦٤٦٨ـ قوله : (**وشرط العوض : كونه ديناً مؤجلاً ، ولو منفعة**)[9] فيه أمران :

أحدهما : أن المراد : المنفعة التي في الذمة ، فلو كاتبه علىٰ بناء دارين في ذمته وجعل لكل واحدة منهما وقتاً معلوماً . . صح ، أما لو كان العوض منفعة عين . . فإنه لا يصح تأجيلها ؛ لأن الأعيان لا تقبل التأجيل ، ولا يصح الاقتصار عليها ، بل لا بد أن يكون معها مال في نجم آخر ، فلو

---

(١) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٣١) .
(٢) الروضة (١٢/٢١٧) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٩٤) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥٩٤) .
(٥) في (د) : (رهناً لازماً) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٥٩٤) .
(٧) الروضة (١٢/٢٢٦) .
(٨) الروضة (٥/٢٥٢) .
(٩) انظر « المنهاج » (ص ٥٩٤) .

فصلها فقال : خدمة رجب نجم وخدمة شعبان نجم . . لم يصح في **الأصح المنصوص** ، ولو قال : خدمة رجب ورمضان . . لم يصح بلا خلاف ، وعلىٰ هـٰذا : يحمل قول « التنبيه » [ص ١٤٦] : (**فإن كاتبه علىٰ عملين ولم يذكر مالاً . . لم يجز**) فالتي في « المنهاج » منفعة الذمة والتي في « التنبيه » منفعة العين ، ولم يقرر شيخنا ابن النقيب كلام « المنهاج » كما قررته ، بل فهم أن كلامه في منفعة العين ، فحمله علىٰ أن يكون أحد النجمين منفعة[1] ، وكيف يستقيم ذلك والأعيان لا تقبل التأجيل ، وقول « الحاوي » [ص ٧٠٣] : (**بمؤجل بنجمين فأكثر ، وبمنفعة عين معلومة**) يفهم أنه يجوز أن يكون العوض منفعة عين وحدها ، وليس كذلك .

ثانيهما : أنه يوهم اشتراط الأجل في المنفعة ، وليس كذلك ، بل يجوز كونها حالة لقدرته عليها ، وكان هـٰذا هو مراد « الحاوي » : جعل كون العوض منفعة في مقابلة كونه منجماً ؛ فإنه لا يشترط فيه إذا كان منفعة التأجيل ، ثم قد لا يقبل التأجيل فيما إذا كان منفعة عين بعينها وقد يقبله فيما إذا كانت المنفعة في الذمة ، ولم يرد بذلك الاقتصار على المنفعة ، ولو حذف لفظة (عين) . . لكان أولىٰ .

وقول « التنبيه » [ص ١٤٦] : (**فإن كاتبه علىٰ عمل ومال . . قدم العمل وجعل المال في نجم بعده**) علىٰ ما تقدم من أن كلامه في منفعة العين ، فلو كان في منفعة الذمة . . لجاز تقديم نجم المال .

٦٤٦٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٤] : (**وقيل : إن ملك بعضه وباقيه حر . . لم يُشترط أجل وتنجيم**) رجحه شيخنا في « تصحيح المنهاج » .

واعلم : أن ظاهر كلامهم أنه [لا][2] يشترط بيان موضع التسليم ؛ لسكوتهم عن ذكره ، وفي « أصل الروضة » عن ابن كج : أن فيه الخلاف في السلم[3] .

وتعقبه شيخنا الإمام البلقيني بأن في السلم احتياطاً فاعتبر فيه ما لا يعتبر في غيره ؛ ولهـٰذا لم يذكر أحد من الأصحاب ذلك في ثمن المبيع ، ولا في أجرة ولا صداق ولا خلع ولا صلح عن دم ؛ فالكتابة كذلك .

٦٤٧٠ـ قوله : (**ولو كاتب علىٰ خدمة شهر ودينار عند انقضائه . . صح**)[4] كذا لو جعل أجل الدينار في أثناء الشهر ؛ كقوله : ودينار بعد العقد بيوم **على الأصح** .

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ٣٧٧) .

(٢) سقط من (ب) .

(٣) الروضة (١٢/ ٢١٥) .

(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥٩٤) .

٦٤٧١ـ قوله : (**أو علىٰ أن يبيعه كذا . . فسدت**)[1] كذا علىٰ أن يشتري منه ؛ ولهـٰذا عبر في « أصل الروضة » بقوله : أن يشتري أحدهما من الآخر[2] .

٦٤٧٢ـ قوله : (**ولو قال : « كاتبتك وبعتك هـٰذا الثوب بألف » ، ونجم الألف وعلق الحرية بأدائه . . فالمذهب : صحة الكتابة دون البيع**)[3] فيه أمور :

أحدها : ظاهره أنه لا فرق في ذلك بين أن يقول العبد : قبلتهما ، أو قبلت الكتابة والبيع ، أو قبلت البيع والكتابة ، وبه صرح الرافعي هنا[4] ، لكنه مخالف لما ذكره في الرهن من أن الشرط : تقدم خطاب البيع علىٰ خطاب الرهن[5] .

ثانيها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : الألف ليس كله مقابلاً في الكتابة ؛ فيؤدي هـٰذا التصوير إلىٰ تعليق الحرية في الكتابة بأداء مال آخر غير مال الكتابة ، وهو خلاف موضوعها ، فتكون فاسدة ، ووقع هـٰذا التصوير في « أصل الروضة » بزيادة : أنه إذا أدىٰ ما خص الكتابة . . يعتق[6] ، وهو مخالف لما في التعليق ، ولم نر هـٰذا التصوير في كلام أحد ، **والأصح** عندنا فيه : فساد الكتابة ، ولا نص للشافعي يخالف ما قررناه ، بل قواعده شاهدة له .

ثالثها : قال شيخنا أيضاً : يستثنىٰ منه : ما إذا كان المكاتب مبعضاً وبينه وبين سيده مهايأة ، وكان ذلك في نوبة الحرية . . فإنه يصح البيع أيضاً ؛ لفقد المقتضي للإبطال ، وهو تقدم أحد شقيه علىٰ مصير العبد أهلاً لمبايعة السيد ، قال : وتجوز معاملة المبعض مع السيد في الأعيان مطلقاً وفي الذمة إذا كان بينهما مهايأة ، قال : ولم أر من تعرض لذلك ، وهو من دقيق الفقه[7] .

٦٤٧٣ـ قوله : (**ولو كاتب عبيداً علىٰ عوض منجم وعلق عتقهم بأدائه . . فالنص : صحتها**)[8] أي : عتق كل واحد بأداء حصته ، ولفظ النص : (علىٰ أنهم إذا أدوا . . عتقوا)[9] ، ومعناه ما قلناه .

٣٤٧٤ـ قولهما ـ والعبارة « للتنبيه » ـ : (**ولا يجوز علىٰ بعض عبدٍ إلا أن يكون باقيه حراً**)[10]

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٩٤) .
(٢) الروضة (١٢/٢١٦) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٩٤) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٣/٤٤٣) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٤/٤٥٩) .
(٦) الروضة (١٢/٢١٧) .
(٧) انظر « حاشية الرملي » (٤/٤٧٦) .
(٨) انظر « المنهاج » (ص ٥٩٥) .
(٩) انظر « الأم » (٨/٤٦) .
(١٠) انظر « التنبيه » (ص ١٤٧) ، و« المنهاج » (ص ٥٩٥) .

يستثنىٰ منه : ما إذا أوصىٰ بكتابة عبد فلم يخرج من الثلث إلا بعضه ولم تجز الورثة . . **فالأصح** : أنه يكاتب ذلك القدر ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٧٠٣] : (**كل ما رق وبعضه في الوصية**) وألحق به صاحب « المطلب » : **ما إذا أوصىٰ** [بإعتاق][1] بعض عبده ، ونازعه في ذلك شيخنا في « تصحيح المنهاج » لصحة الوصية هناك ، والتبعيض عارض بخلاف الثانية ؛ فإنها صدرت بالتبعيض الممتنع علىٰ أصل الشافعي .

٦٤٧٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٧] : (**وإن كان عبدٌ بين اثنين فكاتبه أحدهما في نصيبه بغير إذن شريكه . . لم يجز ، وإن كان بإذنه . . ففيه قولان**) **الأظهر** : أنه لا يجوز أيضاً ، وعبر عنه في « المنهاج » بالمذهب[2] ؛ لأن الرافعي حكىٰ عن بعضهم القطع بالمنع[3] ، وإن كان قد أهمل هـٰذه الطريقة في « الروضة » ، فلم يحك فيهما سوىٰ قولين[4] .

٦٤٧٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٧] : (**وإن كاتباه**) زاد « المنهاج » [ص ٥٩٥] : (**معاً أو وكَّلا**) وهو تصوير لا تقييد ، وكذا إذا وكل أحدهما الآخر .

وقولهما ـ والعبارة « للمنهاج » ـ : (**صح إن اتفقت النجوم وجُعل المال علىٰ نسبة مِلْكَيْهِمَا**)[5] قد يفهم أنه لا بد من التصريح به ، وليس كذلك ، بل لو أطلقاه . . قسم كذلك ، وجزمهما بذلك مع حكاية الخلاف في الكتابة علىٰ نصيبه بإذن شريكه طريقة مرجوحة ، **والأصح** طرد القولين .

٦٤٧٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٥] : (**ولو عجز فعجَّزه أحدهما وأراد الآخر إبقاءه . . فكابتداء عقد ، وقيل : يجوز**) موافق لقوله في « أصل الروضة » : **المذهب** : أنه كابتداء الكتابة ، لا يجوز بغير إذن الشريك **على المذهب** ، ولا بإذنه على **الأظهر**[6] ، لكنه **لا** يوافق « المحرر » فإن عبارته في ذلك : (**قطع هنا قاطعون بالجواز**)[7] لم يذكر غير ذلك ، وقد حكىٰ في « أصل الروضة » هـٰذه الطريقة بقيد فقال بعد كلامه المتقدم : ومنهم من قطع بالجواز بالإذن ؛ لأن الدوام أقوىٰ[8] ، ففهم « المنهاج » أن مراد « المحرر » زيادة حكاية هـٰذه الطريقة ، مع كون الراجح المنع كما هو في أصل المسألة ، والظاهر أنه مراده .

---

(١) في (د) : (بكتابة) .
(٢) المنهاج (ص ٥٩٥) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٤٧٢) .
(٤) الروضة (١٢/ ٢٢٨) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٤٧) ، و« المنهاج » (ص ٥٩٥) .
(٦) الروضة (١٢/ ٢٣٠) .
(٧) المحرر (ص ٥٢٥) .
(٨) الروضة (١٢/ ٢٣٠) .

٦٤٧٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٧] : (**فيما إذا أبرأه أحدهما عن حقه ، أو مات فأبرأه أحد الوارثين عن حقه . . عتق نصيبه ، وقوم عليه نصيب شريكه في أحد القولين ، ولا يقوم في الآخر**) **الأظهر** في إبراء أحد المكاتبين : التقويم ، وبه جزم في « المنهاج » فقال [ص ٥٩٥] : (**ولو أبرأ من نصيبه أو أعتقه . . عتق نصيبه ، وقوم الباقي إن كان موسراً**) وكلامهما يفهم التقويم في الحال ، **والأظهر** في « أصل الروضة » : لا[1] ، بل إن أدىٰ نصيب الآخر من النجوم . . عتق عنه ، والولاء بينهما ، وإن عجز وعاد إلى الرق . . فحينئذ يسري ويقوم ، ويكون كل الولاء له .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : الذي نعتمده في ذلك أن السراية في الحال ، هـٰذا نص « الأم » و« المختصر » ، ولم أقف له علىٰ نص في هـٰذه الصورة بخلافه ، وإنما ذكر ذلك فيما إذا أذن أحدهما للآخر في التقدم بقبض نصيبه ، والفرق أنه محسن بالإذن في التقدم عليه ؛ فلا يليق مقابلته بإبطال كتابته في نصيبه عاجلاً ، ثم القول بتأخر السراية إلى العجز مخالف للسراية الثابتة عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وإذا تعذرت السراية عند الإعتاق . . بطلت ولا تعود . انتهىٰ .

وصحح النووي في « تصحيح التنبيه » في الثانية وهي إبراء أحد الوارثين : التقويم أيضاً[2] ، لكن **الأصح** في « أصل الروضة » خلافه[3] ، وسيأتي حيث ذكرها « المنهاج » في آخر الباب .

فصل

[فيما يلزم السيد بعد الكتابة]

٦٤٧٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٧] : (**وعلى السيد أن يحط عن المكاتب بعض ما عليه**) لا يتعين ذلك ، بل يخير بينه وبين أن يؤتيه ، لكن **الأصح** : أن الحط هو الأصل ، والإيتاء يدل عليه ؛ فلذلك كان الحط أولىٰ ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٥٩٥] : (**يلزم السيد أن يحط عنه جزءاً من المال ، أو يدفعه إليه ، والحط أولىٰ**) و« الحاوي » [ص ٧٠٥] : (**ويجب حط أو بذل متمول من جنسه**) .

ثم محل هـٰذا : في الكتابة الصحيحة ، وقد ذكره « الحاوي » في آخر الباب فيما خالفت فيه الفاسدة الصحيحة[4] ، وظاهر عبارة « المنهاج » : أنه يتعين أن يكون المدفوع من نفس المال المكاتب عليه ، **والأصح** : أنه لا يتعين ذلك ، وإنما يتعين كونه من جنسه كما ذكره « الحاوي » .

---

(١) الروضة (١٢/ ٢٤١ ، ٢٤٢) .

(٢) تصحيح التنبيه (١/ ٤٥٠) .

(٣) الروضة (١٢/ ٢٢٩) .

(٤) الحاوي (ص ٧٠٨) .

وقول « التنبيه » [ص ١٤٧] : (**فإن لم يفعل حتىٰ قبض المال . . رد عليه بعضه**) يفهم تعين الرد من المقبوض ، **والأصح** : أن له أن يرد من جنسه .

٦٤٨٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٥] : (**وفي النجم الأخير أليق**) ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وإنما **يترجح** النجم الأخير حيث لم يكن في الدفع أولاً ما يعين على التكسب ، وحينئذ . . **فيترجح** هـٰذا وينضم إلىٰ ذلك التعجيل بأداء الواجب .

٦٤٨١ـ قوله : (**والأصح : أنه يكفي ما يقع عليه الاسم**)[1] فيه أمور :

أحدها : أن تعبيره بالأصح يقتضي أنه وجه ، وهو نص « الأم » :

ثانيها : أنه ليس في عبارته بيان المقصود ، فلو قال كـ « المحرر » : (**ما يقع عليه اسم المال**)[2] . . لكان أولىٰ ، وتقدم أن عبارة « الحاوي » [ص ٧٠٥] : (**متمول**) ، وعبارة « أصل الروضة » : أقل ما يتمول[3] .

ثالثها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : هـٰذا من المعضلات ؛ فإن إيتاء فلس لمن كوتب علىٰ ألف درهم تبعد إرادته بالآية الكريمة ، وروى النسائي عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم : « وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ربع المكاتبة » ، وصحح النسائي والبيهقي وقفه[4] ، وبتقدير ذلك ، فعلي ـ رضي الله عنه ـ لا يقول ذلك باجتهاده ، وإنما يقوله عن توقيف ، فيكون في حكم المرفوع ، وكأن الشافعي لم يبلغه هـٰذا ، ولو بلغه . . لقال به .

رابعها : قال شيخنا أيضاً : لا يظهر منه ما يلزم الشريكين إذا كاتبا عبدهما ، ولم أر من تعرض لهـٰذه المسألة ، **والأرجح** : أنه يلزم كل واحد ما يلزم المنفرد بالكتابة ، ولو كاتب بعض عبد باقيه حر ، أو وصىٰ بكتابة عبده فلم يخرج من الثلث إلا بعضه ، وكوتب ذلك البعض . . . فإنه يلزم في ذلك ما يلزم في الكتابة الكاملة قطعاً ، وأما الورثة . . فإن اللازم لهم ما كان يلزم مورثهم ، نص عليه[5] .

خامسها : قال في « التوشيح » : ظاهره عدم اشتراط كون المحطوط معلوماً ، فلو قال : (حططت شيئاً) . . كفىٰ ، ولا أعرفه منقولاً ، والظاهر أنه لا بد من العلم بالمحطوط .

قال الرافعي : ولو وضع عنه من الدراهم ما يقابل غيره دنانير وهو مجهول عندها . . ففي صحته

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٩٥) .

(٢) المحرر (ص ٥٢٥) .

(٣) الروضة (١٢/٢٤٩) .

(٤) سنن النسائي الكبرىٰ (٥٠٣٤) وسنن البيهقي الكبرىٰ (١٠/٣٢٨ ، ٣٢٩) .

(٥) انظر « حاشية الرملي » (٤/٤٨٦) .

وجهان ، ففي وجه : لا يصح ، وفي وجه : يصح ، ويحمل علىٰ أقل ما يتيقن[1] ، واختصره في « الروضة » بقوله : في وجه : لا يصح ، ويحمل علىٰ أقل ما يتيقن ، وهو غير منتظم . انتهىٰ[2] .

قلت : لا نسلم أن عبارة « المنهاج » تقتضي عدم اشتراط كون المحطوط معلوماً ، والله أعلم .

٦٤٨٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٥] : (**ويستحب الربع ، وإلا . . فالسبع**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : بقي بينهما السدس ، روى البيهقي عن أبي سعيد مولىٰ أبي أسيد : أنه كاتب مولىٰ له علىٰ ألف درهم ومائتي درهم ، قال : فأتيته بمكاتبتي . . فرد عليّ مائتي درهم[3] .

٦٤٨٣ـ قولهم في وطء المكاتبة : (**ويجب المهر**)[4] ظاهره مهر واحد ولو تكرر الوطء ، وهو **الأصح** من زيادة « الروضة » في الصداق[5] ، لكن نص في « الأم » علىٰ مهر واحد حتىٰ تخير فتختار الصداق أو العجز ، فإذا خيرت فاختارت الصداق ثم أصابها . . فلها صداق آخر ، وكلما خيرت فاختارت الصداق ثم أصابها . . فلها صداق آخر كناكح امرأة نكاحاً فاسداً ؛ فالإصابة مراراً توجب صداقاً واحداً ، فإذا فُرِّق بينهما وقضىٰ بالصداق ثم نكحها نكاحاً آخر . . فلها صداق آخر[6] .

واستثنىٰ شيخنا في « تصحيح المنهاج » من إيجاب المهر : المكاتبة بالتبعية ، وحق الملك فيها للسيد كبنت المكاتبة ، فلا يجب المهر على السيد بوطئها .

٦٤٨٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٥ ، ٥٩٦] : (**ولا تجب قيمته** ـ أي : الولد ـ **على المذهب**) كان ينبغي أن يقول : (**على الأظهر**) فإن المسألة ذات قولين ، ولا نعرف فيها طريقين ، قاله شيخنا في « تصحيح المنهاج » .

قلت : تقرير الطريقين أنا إن قلنا : لا يثبت له حكم الكتابة . . لم تلزمه قيمته ؛ لأنه قن له ، وإن قلنا : يثبت له حكم الكتابة وهو **الأظهر** . . فهل يلزمه قيمته ؟ فيه خلاف بني علىٰ أن حق الملك فيه لمن ؟ إن قلنا : للسيد وهو **الأظهر** . . لم تلزمه ، وإن قلنا : للأم . . لزمته .

٦٤٨٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٧] : (**فإن مات السيد قبل أن تؤدي . . عتقت بالاستيلاد ، وعاد الكسب إلى السيد**) **الأصح** في « أصل الروضة » : أنها تعتق بالكتابة ، ويتبعها كسبها[7] ، وذكر بعضهم أنه وقع في بعض نسخ « الروضة » عكسه ، والصورة فيما إذا لم تعجز ، **فإن عجزت . .**

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٥٣٤) .
(٢) الروضة (١٢/ ٢٧١) .
(٣) سنن البيهقي الكبرىٰ (٢١٤٦٥) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٤٧) ، و« الحاوي » (ص ٧٠٧) ، و« المنهاج » (ص ٥٩٥) .
(٥) الروضة (٧/ ٢٨٨) .
(٦) الأم (٨/ ٥٩) .
(٧) الروضة (١٢/ ٢٩١) .

عتقت بالاستيلاد ، وقد ذكره « المنهاج » فقال [ص ٥٩٦] : (**فإن عجزت . . عتقت بموته**) .

٦٤٨٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٧] : (**وإن أتت المكاتبة بولد من نكاحٍ أو زناً . . ففيه قولان ، أحدهما : أنه [يملك]**[(١)] **للمولىٰ يتصرف فيه ، الثاني : وأنه موقوف علىٰ عتق الأم**) **الأظهر** : الثاني ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٧٠٤] : (**وولدها إن قبض كل قسطه**) و« المنهاج » فقال [ص ٥٩٦] : (**وولدها من نكاحٍ أو زناً مكاتب في الأظهر**) وتجوّز في قوله : (**مكاتب**) ، والمراد : أنه يثبت له حكم الكتابة كما عبر في « المحرر » و« الشرح » و« الروضة »[(٢)] ، ويدل له قوله عقبه : (**يتبعها رقاً وعتقاً ، وليس عليه شيء**)[(٣)] ، قال الرافعي : ليس المقصود نصب الخلاف في صيرورته مكاتباً ؛ فقد نصوا علىٰ أنه لا يدخل في الكتابة ، ولا يطالب بشيء من النجوم ؛ لأنه لم يوجد منه قبول ولم يجر معه عقد ، بل المقصود : أنه هل **يتبعها** في العتق بعتقها والرق برقها أم لا ؟[(٤)] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ويستثنىٰ من حكم المكاتب صور :

إحداها : أنه لا تجوز له معاملة السيد ولو قلنا : يتوقف في أكسابه وهو **المرجح** ؛ لأنا لم نجزم فيها بما جزمنا به في كسب المكاتب ، وذلك يقتضي **بطلان** تصرفه معه ، قال : ولم أر من تعرض لذلك ، وهو فقه حسن .

الثانية : أن للسيد مكاتبته كما جزم به الماوردي تفريعاً علىٰ أن له إعتاقه ؛ لأن الحاصل له كتابة تبعية لا استقلالية .

الثالثة : لو كان أنثىٰ فوطئها السيد . . لم يجب عليه مهر تفريعاً **على الأصح** : أن حق الملك في الولد للسيد .

الرابعة : أن أرش الجناية عليه ليس له . انتهىٰ[(٥)] .

ولا يخفىٰ أن الكلام في ولدها الحادث بعد الكتابة ، أما الموجود حال الكتابة . . فهو باق علىٰ ملك السيد .

٦٤٨٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٦] : (**والحق فيه للسيد ، وفي قول : لها**) محل هٰذا الترجيح : ما إذا لم يكن ولدها من عبدها ، فإن كان من عبدها . . ففي « أصل الروضة » : يشبه أن

---

(١) في (د) : (ملك) .

(٢) المحرر (ص ٥٢٦) ، فتح العزيز (١٣/ ٥٥٦) ، الروضة (١٢/ ٢٨٦) .

(٣) المنهاج (ص ٥٩٦) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٥٥٧) .

(٥) انظر « حاشية الرملي » (٤/ ٤٩٩) .

يكون كولد المكاتب من جاريته[1] ؛ يعني : فيكون حق الملك فيه للأم قطعاً .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وعندي أنه وهم ؛ فإن المكاتب يملك جاريته ، والولد يتبع أمه في الرق ، وولد المكاتبة إنما جاءه الرق من أمه لا من رق أبيه الذي هو عبدها .

٦٤٨٨ـ قوله : (**والمذهب : أن أرش جناية عليه ، وكسبه ومهره يُنفق منها عليه ، وما فضل . . وُقف ، فإن عتق . . فله ، وإلا . . . فللسيد**)[2] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : تعبيره بالمذهب يقتضي طريقين أو طرقاً ، وليس ذلك في كلام الأصحاب ، وإنما فيه قولان ؛ فكان ينبغي التعبير **بالأظهر** .

وقال شيخنا ابن النقيب : كيفية الطريقين : أنا أن قلنا : إن حق الملك فيه للأم . . فهٰذه الأمور لها تصرف لها يوماً بيوم بلا توقف ، وإن قلنا : للسيد ، وهو **الأظهر** . . فوجهان :

أحدهما : يصرف للسيد بلا توقف ، **والصحيح** : الإنفاق منها عليه ووقف الباقي ، قال : وحاصله تصحيح طريقة الخلاف . انتهىٰ[3] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : قيد الشافعي في « الأم » و« المختصر » عتقه بأن يكون يعتق أمه ، ومفهومه : أنه لو عتق بإعتاق السيد . . لم يكن المال للولد ، قال : ولم أر من صرح بهٰذا ، والقاعدة أن المكاتب كتابة صحيحة إذا أعتق بأي وجه كان مع بقاء الكتابة . . فعتقه عن جهة الكتابة ؛ فيتبعه كسبه وأولاده .

نعم ؛ لو رقت الأم بعد . . **فالأرجح** : عود كسبه للسيد ؛ لأنه لم يتبعها كسبها ، والفرع لا يزيد على الأصل ، وهو محتمل . انتهىٰ بمعناه .

٦٤٨٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٧] : (**ولا يعتق المكاتب ولا شيء منه ما بقي عليه درهم**) تبع فيه لفظ الحديث : « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » ، رواه أبو داوود[4] ، وهو مثل للتقليل ، فلو بقي عليه أقل من درهم ولو فلس . . كان حكمه كذلك ؛ ولهٰذا قال « المنهاج » [ص ٥٩٦] : (**ولا يعتق شيء من المكاتب حتىٰ يؤدي الجميع**) .

لكن يرد عليه : أنه كما يعتق بأداء ما عليه . . يعتق بالإبراء منه ؛ ولهٰذا قال « الحاوي » [ص ٧٠٤] : (**وعتق إن قبض كل قسطه أو برىء**) وفي معنىٰ ذلك : الاستبدال عنه إذا جوزناه ، وإذا جوزنا الحوالة بالنجوم أو عليها . . حصل العتق بنفس الحوالة أيضاً ؛ فتعبير « التنبيه » من هٰذا

---

(١) الروضة (١٢/ ٢٨٩) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٥٩٦) .

(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ٣٨٥) .

(٤) سنن أبي داوود (٣٩٢٦) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً .

الوجه أحسن ، وسيأتي أن الشافعي نص علىٰ أنه لو أعتقه وأخر النجوم ديناً عليه . . عتق .

٦٤٩٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٦] : **(ولو خرج المؤدىٰ مستحقاً . . رجع السيد ببدله)** كان ينبغي أن يقول : (لمستحقه) فإنه لا يرجع ببدل المؤدىٰ .

٦٤٩١ـ قوله : **(فإن كان في النجم الأخير . . بان أن العتق لم يقع)**[(١)] لا يختص ذلك بالأخير ، بل لو كان في غيره ودفع الأخير على الوجه المعتبر . . فإنه يتبين بخروج غير الأخير مستحقاً أنه لا عتق ؛ ولذلك عبر في « أصل الروضة » ببعض النجوم[(٢)] ، وقال « الحاوي » [ص ٧٠٥] : **(وبان الرق ؛ كأن استحق)** أي : بعض النجوم أو جميعها ، ولم يقيد ذلك بالأخير .

٦٤٩٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٦] : **(وإن كان قال عند أخذه : « أنت حر »)** و« الحاوي » [ص ٧٠٥] : **(وإن قال : « عتقت »)** قال في « أصل الروضة » : وفي كلام الإمام إشعار بأن قوله : (أنت حر) إنما يقبل تنزيله على الحرية بموجب القبض إذا رتبه على القبض ، فلو انفصل عن القولين . . لم يقبل التأويل ، وهـٰذا تفصيل قويم لا بأس بالأخذ به ، لكن في « الوسيط » لا فرق بين أن يكون جواباً عن سؤال حريته أو ابتداء ، وبين أن يكون متصلاً بقبض النجوم أو غير متصل ؛ لشمول العذر[(٣)] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : محل هـٰذا : ما إذا قال ذلك علىٰ وجه الخبر بما جرىٰ ، فلو قاله علىٰ سبيل الإنشاء أو أطلق . . لم يرتفع بخروج المدفوع مستحقاً ، بل يعتق عن جهة الكتابة ، ويتبعه كسبه وأولاده ، وقد نص في « الأم » علىٰ ما يقتضي ذلك ، فقال : (أُحْلِفَ بالله ما أراد إحداث عتق له علىٰ غير الكتابة)[(٤)] .

قلت : ليس في هـٰذا النص الإحالة إرادة الإنشاء ، والأمر فيها بين ، وليس فيه تعرض لحالة الإطلاق ، وقد قال في « أصل الروضة » : وهـٰذا السياق يقتضي أن مطلق قول السيد محمول علىٰ أنه حر بما أدىٰ وإن لم يذكر إرادته . انتهىٰ[(٥)] .

وهو واضح ؛ لأن القرينة دالة علىٰ ذلك ، فيستغنىٰ بها عن النية ، والله أعلم .

٦٤٩٣ـ قول « الحاوي » [ص ٧٠٥] : **(كأن ظننت وأُفتي بضده ؛ كالطلاق)** ذكر الصيدلاني أنه قياس ما تقدم ، وذكره غيره أيضاً ، ونقله الروياني ولم يعترضه ، وقال الإمام : هو عندي غلط ؛

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٩٦) .
(٢) الروضة (١٢/٢٤٧) .
(٣) الروضة (١٢/٢٤٨) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٩/ ٤٠٠) ، و« الوسيط » (٧/٥٢٢) .
(٤) الأم (٨/٧٨) .
(٥) الروضة (١٢/٢٤٧) .

لأن الإقرار جرىٰ بصريح الطلاق ، فقبول قوله في دفعه محال ، ولو فتح هـٰذا الباب.. لما استقر إقرار ، بخلاف إطلاق لفظ الحرية عقب قبض النجوم ؛ فإنه محمول على الإخبار عما يقتضيه القبض ، ولم توجد الإشارة في الطلاق إلىٰ واقعةٍ[1] .

قال الرافعي : وفي كلام الإمام إشعار بأنه لو وجدت قرينة عند الإقرار ؛ بأن كان يتخاصمان في لفظة أطلقها ، فقال ذلك ثم ذكر التأويل.. يقبل ، ولو انفصل عن القرائن.. لم يقبل ، وهـٰذا تفصيل قويم لا بأس بالأخذ به ، لكن مال في الوسيط إلىٰ قبول التأويل في الطلاق وغيره[2] .

٦٤٩٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٦] : (**وإن خرج معيباً.. فله رده وأخذ بدله**) أعم منه قول « الحاوي » [ص ٧٠٥] : (**ورد الناقص**) لتناوله نقص صفة بالعيب ، ونقص جزء ، وقد يوهم كلامهما حصول العتق بالأخذ الأول ، وليس كذلك ؛ بل **الأصح** : أنا نتبين بالرد أن العتق لم يحصل بالأخذ الأول .

٦٤٩٥ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٦] ـ والعبارة له ـ « والحاوي » [ص ٧٠٤] : (**ولا يتسرىٰ بإذنه على المذهب**) لو عبرا بالوطء.. لكان أولىٰ ؛ لأن التسري أخص من الوطء ؛ لاعتبار الإنزال فيه علىٰ **الأصح** .

وفي « أصل الروضة » في نكاح العبد ، وزيادتها في آخر معاملات العبيد : أن فيه القولين في تبرعاته[3] ، ومقتضاه : **ترجيح** جوازه بالإذن ، **والصواب** : المنع ، قاله في « المهمات » .

وقال النشائي : إن **المذكور** في نكاح العبد مبني علىٰ ملك القن بالتمليك كما صرح به هنا ، أما إذا لم يملكه.. فلا يجوز من المكاتب بالإذن وهو **الأصح** ، قال : وبهـٰذا يجتمع كلام الرافعي في جميع المواضع[4] .

٦٤٩٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٧] : (**وإن أحبل جاريته.. فالولد مملوك يعتق بعتقه ، وفي الجارية قولان ، أحدهما : أنها تصير أم ولد له ، والثاني : لا تصير**) **الأظهر** : الثاني ، كما في « المنهاج »[5] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٧٠٤] : (**بلا استيلادها**) وعبارة « الروضة » : لا تصير مستولدة في الحال **على المذهب** ؛ فإن عتق.. ففي مصيرها أم ولد قولان[6] .

ومحل المذكور في « التنبيه » و« الحاوي » : أن تلده في الكتابة أو بعد عتقه لدون ستة أشهر ،

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٩/ ٤٠١) .
(٢) فتح العزيز (١٣/ ٥٠٠) ، وانظر « الوسيط » (٧/ ٥٢٢) .
(٣) الروضة (٧/ ٢٣٩) .
(٤) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٣٢) .
(٥) المنهاج (ص ٥٩٦) .
(٦) الروضة (١٢/ ٢٨٥) .

قال في « المنهاج » [ص ٥٩٦] : (**وإن ولدته بعد العتق لفوق ستة أشهر وكان يطؤها . . فهو حر وهي أم ولد**) ، وتبع في ذلك « المحرر »[١] ، والذي في « أصل الروضة » : وإن كان لستة أشهر فأكثر . . فأطلق الشافعي أنها مستولدة ، وللأصحاب طريقان :

أصحهما : أن هـٰذا إذا وطىء بعد الحرية وولدت لستة أشهر فصاعداً من الوطء ؛ لظهور العلوق بعد الحرية ، ولا نظر إلى احتمال العلوق في الرق تغليباً للحرية ، فإن لم يطأها بعد الحرية . . فالاستيلاد على الخلاف .

والثاني : يثبت الاستيلاد سواء وطىء بعد الحرية أم لا . انتهىٰ[٢] .

وقيد شيخنا في « تصحيح المنهاج » ذلك بما إذا تحقق حدوثه بعد العتق ؛ بأن لم يطأ قبل العتق أو وطىء واستبرأ منه ، فلو وطىء قبل العتق ولم يستبرىء ثم وطىء بعده وأمكن كونه منهما . . قال : فلا أحكم بحرية الولد ولا باستيلاد أمه ، قال : وفي « الأم » ما يقتضي ما قررته ، وهو قوله : (ولا تكون في حكم أم الولد حتىٰ تلد منه بوطء كان بعد عتقه)[٣] ، قال شيخنا : ولم يقيده أحد بما قيدته وأيدته بنص « الأم » .

٦٤٩٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٦] : (**ولو عَجَّلَ النجوم . . لم يجبر السيد على القبول إن كان له في الامتناع غرض كمؤنة حفظه أو خوف عليه ، وإلا . . [فيجبر]**[٤] **، فإن أبىٰ . . قبضه القاضي**) فيه أمور :

أحدها : كان ينبغي إطلاق المؤنة ؛ ليدخل فيه العلف ، وقد ذكره في « المحرر »[٥] .

ثانيها : اعتبار مطلق الخوف لم يقله أحد ؛ فإن كل قابض مال لا يخلوا عنه ، والذي في « المحرر » : (بأن كان زمان نهب)[٦] ، وعبارة « أصل الروضة » : أو كان في أيام فتنة أو غارة[٧] ، وظهر بذلك أنه لا بد أن يكون للخوف سبب ظاهر يتوقع زواله .

ثالثها : أهمل من « المحرر » من الأغراض ما إذا كان طعاماً يريد أن يأخذه عند المحل طرياً ، وقد يدخل في قول « المنهاج » [ص ٥٩٦] : (**أو خوف عليه**) أي : خوف الفساد إلىٰ وقت الاحتياج إليه .

---

(١) المحرر (ص ٥٢٧) .
(٢) الروضة (١٢/ ٢٨٥) .
(٣) الأم (٨/ ٥٦) .
(٤) في (د) ، (ج) : (فيتخير) .
(٥) المحرر (ص ٥٢٧) .
(٦) المحرر (ص ٥٢٧) .
(٧) الروضة (١٢/ ٢٥١) .

وذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » من الأغراض : أن الدين الذي في ذمة المكاتب إذا كان نقداً . . لا زكاة فيه ، فإذا جاء به قبل المحل . . كان للمالك غرض في أن لا يأخذه ؛ لئلا تتعلق به الزكاة ، قال : ولم يذكره الأصحاب ، والظاهر اعتباره .

رابعها : ذكروا فيما إذا أتى المكاتب بمال فقال السيد : هـٰذا حرام ، ولا بيّنة : أنه إذا حلف المكاتب أنه حلال . . أجبر السيد علىٰ أخذه أو الإبراء منه ، فإن أبىٰ . . قبضه القاضي ، ولم يذكروا مثل ذلك هنا ، فيحتمل الفرق لحلول الحق هناك بخلافه هنا ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأرجح** في الصور كلها أنه لا يتعين الإجبار على القبض ، بل عليه أو على الإبراء .

خامسها : قال في « التوشيح » : لا يتبين لي معنىٰ قوله : (**فإن أبىٰ . . قبضه القاضي**) مع قوله : (**إنه يجبر**) والفقه أن القاضي يتخير بين إجباره على القبض والقبض له كما في الإكراه بحق ، وقد يقال : يجبره ، فإن عجز أو لم يفد[1] . . قبض له حينئذ ، وليس في « الشرح » و« الروضة » ذكر قبض القاضي هنا ، وإنما ذكراه فيما إذا أتىٰ بالنجم والسيد غائب .

سادسها : وقع في الرافعي في الجراح في أثناء تعليل : أنه لو عجل المكاتب النجم قبل المحل . . يجبر السيد على القبول ، بخلاف سائر الديون المؤجلة ؛ فإن فيها خلافاً وتفصيلاً . انتهىٰ[2] .

والمعروف استواء سائر الديون المؤجلة في هـٰذا التفصيل ، والله أعلم .

٦٤٩٨ـ قوله : (**ولا يصح بيع النجوم ، ولا الاعتياض عنها**)[3] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : منع الاعتياض عنها مخالف لنص الشافعي في « الأم » ، وهو قوله : (ولو حل نجومه كلها وهي دنانير فأراد أن يأخذها منه دراهم أو عرضاً يتراضيان ويقبضه السيد قبل أن يتفرقا . . جاز)[4] ، قال شيخنا : وتبع الرافعي في المنع البغوي ، ولم يطلعا على النص ، وذكر الرافعي في الشفعة الاعتياض عن النجوم بشقص وأثبت فيه الشفعة ، وقال : يؤخذ مثل النجوم أو قيمتها ؛ أي : إن كانت متقومة ، وكذا قال في « المهمات » : خالفه في الشفعة ، **والصواب** : جوازه ؛ فقد نص عليه في « الأم » ، وحكى النص المتقدم .

قلت : ويوافقه كلام « الحاوي » حيث قال [ص ٧٠٨ـ٧٠٩] : (**والفاسد كهو ، لا في الاعتياض**) فاقتضىٰ جواز الاعتياض في الكتابة الصحيحة ، وحمله صاحبا « التعليقة » و« المصباح »

---

(١) في (ج) : (يقيد) .

(٢) فتح العزيز (١٠/ ٢٣٧) .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٩٧) .

(٤) الأم (٨/ ٦٥) .

علىٰ حصول العتق بالاعتياض في الصحيحة دون الفاسدة .

٦٤٩٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٧] : **(فلو باع وأدىٰ إلى المشتري . . لم يعتق في الأظهر)** هي طريقة الجمهور ، وحمل أبو إسحاق النصين علىٰ حالين ، وقال : إن قال بعد البيع : خذها منه ، أو قال للمكاتب : ادفعها إليه : فهو وكيل ، فيعتق بقبضه وإلا . . فلا ، ويقال : إنه عرضه على ابن سريج فلم يعبأ به ، وقال : هو وإن صرح بالإذن فإنما يأذن لحكم المعاوضة لا بالوكالة .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأرجح** عندنا : طريقة أبي إسحاق ، ثم قال : ومحل القولين : إذا لم يأذن للمشتري في قبض النجوم ، فإن أذن مع علمهما بفساد البيع ، فقبض . . عتق قطعاً ، وهـٰذا أيضاً وارد علىٰ إطلاق « الحاوي » قوله [ص ٧٠٤] : **(لا مشتري النجم)** أي : لا يحصل العتق بقبضه .

٦٥٠٠ـ قولهم ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : **(ولا يجوز للمولىٰ بيع المكاتب في أصح [القولين][1])**[2] يستثنىٰ منه صور :

إحداها : إذا رضي المكاتب بالبيع . . فإنه يجوز ، ويكون رضاه فسخاً ، حكاه البيهقي في « سننه »عن نص الشافعي[3] ، وذكره القاضي حسين في « تعليقه » ، حكاه في « المهمات » وقال : وهي مسألة حسنة .

قلت : نص علىٰ ذلك صريحاً في « اختلاف الحديث »[4] ، ونص في « مختصري المزني والبويطي » علىٰ ما يقتضيه[5] .

الثانية : إذا بيع بشرط العتق وإن لم يرض . . صح ، وارتفعت الكتابة ، ولزم المشتري إعتاقه ، والولاء له ، ذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » تخريجاً ؛ لأن الشافعي رضي الله عنه أطلق جواز بيع العبد بشرط العتق محتجاً بحديث بريرة ، والحال أنها كانت مكاتبة .

الثالثة : في البيع الضمني إذا قال : أعتق مكاتبك عني علىٰ ألف . . فذكر شيخنا المذكور : أنها أولىٰ بالجواز من التي قبلها مع اعترافه بأن المنقول في « أصل الروضة » البطلان[6] .

الرابعة : قال شيخنا المذكور : إذا باع المكاتب من نفسه . . صح ، سواء قلنا : إنه عقد عتاقة أو بيع ، وترتفع الكتابة ويعتق لا عن جهة الكتابة ، فلا تستتبع كسباً . ولا ولداً ، وهـٰذا بخلاف ما لو

---

(١) في (ج) : (الوجهين) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٤٧) ، و« الحاوي » (ص ٧٠٤) ، و« المنهاج » (ص ٥٩٧) .
(٣) سنن البيهقي الكبرىٰ (٢١٥٢٧) .
(٤) اختلاف الحديث (ص ٥٢٠) .
(٥) مختصر المزني (ص ٣٣٢) .
(٦) الروضة (١٢/ ٢٧٢) .

أعتقه أو أبرأه عن النجوم . . فإنه يعتق عن جهة الكتابة ؛ فإن السيد لم يأخذ عوضاً عن العتق ، بخلاف صورة البيع ، وحيث قالوا : لا تصح المعاوضة على المكاتب . . أرادوا به : مع بقاء الكتابة ، فأما إذا ارتفعت . . فالمعاوضة عليه صحيحة .

٦٥٠١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٧] : (**فلو باع فأدىٰ إلى المشتري . . ففي عتقه القولان**) أي : في المسألة قبلها ، قال شيخنا : إنه لا يعرف في كلام الشافعي في شيء من كتبه ، ولم يذكره أكثر الأصحاب ، وإنما أخذه الرافعي من البغوي ، وهو غير صحيح ؛ فإن بيع الرقبة لا يقتضي قبض المشتري للنجوم ولا أذن فيه البائع ، وقد رده القاضي حسين فقال : هـٰذا عندي لا يصح ؛ لأنه هنا سلّطه علىٰ رقبته ، وهناك سلطه على النجوم ، فوجب أن يعتق ثَمَّ ؛ يعني : علىٰ رأي ، ولا يعتق هنا ؛ يعني : ولا يجري فيه ذلك القول .

٦٥٠٢ـ قوله : (**ولو قال له رجل : « أعتق مكاتبك علىٰ كذا » ففعل . . عتق ولزمه ما التزم**)(١) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لابد أن يقول : (علىٰ) فإنه بدون ذلك ليس فيه التزام ، والمراد : عتقه عن المقول له عن الكتابة ، ويتبعه كسبه وأولاده .

فصل

[في بيان لزوم الكتابة]

٦٥٠٣ـ قولهما ـ والعبارة لـ « المنهاج » ـ : (**الكتابة لازمة من جهة السيد ليس له فسخها إلا أن يعجز عن الأداء**)(٢) فيه أمران :

أحدهما : يستثنىٰ منه : ما إذا عجز عن القدر الواجب في الإيتاء . . فليس للسيد تعجيزه ؛ لأن له عليه مثله ، ولا يحصل التقاص ؛ لأن للسيد أن يؤتيه من غيره ، وقد ذكره « الحاوي » بقوله عطفاً علىٰ منفي [ص ٧٠٦] : (**وعما يحط ، ولا تقاص**) .

قال في « أصل الروضة » : لكن يرفعه المكاتب إلى الحاكم حتىٰ يرىٰ رأيه ويفصل الأمر بينهما(٣) .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وقضية ذلك القدر الواجب في الإيتاء يرجع فيه إلىٰ رأي الحاكم ، وهو **المختار** ، لكن **المنصوص** خلافه .

قلت : ليس معنىٰ كونه يرىٰ رأيه : أن يقدر المحطوط باجتهاده ، بل يلزم السيد بالإيتاء

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٩٧) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٤٧) ، و« المنهاج » (ص ٥٩٧) .

(٣) الروضة (١٢/٢٥١) .

والمكاتب بالأداء ويحكم بالتقاص للمصلحة في ذلك ؛ فإن المنفي إنما هو التقاص بنفس اللزوم .

ثانيهما : في معنى العجز عن الأداء : الامتناع عن الإعطاء مع القدرة ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٧٠٦] : (**والفسخ إن عجز أو امتنع**) .

فإن قلت : قد ذكره « المنهاج » بعده بقوله [ص ٥٩٧] : (**فإذا عجز نفسه**) . . قلت : قد لا يعجز نفسه بل يقتصر على الامتناع ، وكذا لو غاب العبد بعد المحل بغير إذن السيد ولم يبعث المال . . فللسيد الفسخ أيضاً ، وقد ذكره « الحاوي » و« المنهاج » أيضاً بعد ذلك[(١)] .

٦٥٠٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٧] : (**وللمكاتب أن يفسخ العقد متىٰ شاء**) ، و« المنهاج » [ص ٥٩٧] : (**وللمكاتب الفسخ في الأصح**) كذا في « المحرر » و« الروضة » وأصلها هنا[(٢)] ، لكن الرافعي بعد أن صحح بطلان الكتابة بجنون السيد دون العبد . . قال : والفرق أن العبد لا يتمكن من فسخ الكتابة ورفعها صحيحة كانت أو فاسدة ، وإنما يعجز نفسه ، ثم السيد يفسخ إن شاء ، وإذا لم يملك الفسخ . . لم يؤثر جنونه[(٣)] ، وأسقط هـٰذا التعليل في « الروضة » ، فسلم من التناقض .

قال في « المهمات » : **والصواب** المفتىٰ به : المذكور هنا ، وهو الجواز ؛ فقد نص عليه في « الأم » في مواضع ، واعترض شيخنا في « تصحيح المنهاج » علىٰ تعبيره **بالأصح** : بأنه منصوص كما تقدم ، وبأنه يقتضي قوة الخلاف مع أنه ضعيف جداً مخالف للنص ولقاعدة أن الكتابة جائزة من جهة المكاتب ، وللاتفاق علىٰ أن للمكاتب الامتناع من الأداء بعد الحلول وإن كان معه وفاء ، قال : وعندي أن هـٰذا الخلاف لا يثبت ، وإذا لم يملك الفسخ . . فالعقد لازم من جهته ، وكونه يجوز له الامتناع من الأداء مع أنه لا يملك الفسخ متناقض واعترض شيخنا أيضاً : بأن عبارة « المنهاج » توهم ترتب فسخه على التعجيز ، وليس كذلك .

٦٥٠٥ـ قول « الحاوي » [ص ٧٠٦] : (**وأُنظر ليخرج من الحرز**) يفهم أنه لا ينظر زيادة علىٰ ذلك ، وفي « المنهاج » [ص ٥٩٧] : (**وإن كان معه عروض** ـ أي : والنجوم غيرها ـ . . **أمهله ليبيعها ، فإن عرض كساد . . فله أن لا يزيد في المهلة علىٰ ثلاثة أيام**) ، وتبع في ذلك « المحرر »[(٤)] ، وحكاه في « الشرح » عن البغوي فقال : مقتضىٰ إطلاق الصيدلاني : أن لا فسخ ، ورأى الإمام الفسخ ، ونزله منزلة غيبة المال ، وهـٰذا أصح ، وضبط البغوي التأخير للبيع بثلاثة أيام ، وقال : لا يلزم أكثر منها[(٥)] .

---

(١) الحاوي (ص ٧٠٦) ، المنهاج (ص ٥٩٧) .
(٢) المحرر (ص ٥٢٧) ، فتح العزيز (١٣/ ٥١٣) ، الروضة (١٢/ ٢٥٧) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٤٨٦) .
(٤) المحرر (ص ٥٢٨) .
(٥) فتح العزيز (١٣/ ٥١١) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٩/ ٤٦٦) ، و« التهذيب » (٨/ ٤٨٢) .

وقال : شيخنا في « تصحيح المنهاج » : الذي ذكره البغوي إنما هو علىٰ لزوم الإمهال ، وقد صحح خلافه ، فكيف اعتمده في « المحرر » و« المنهاج » ، وسيأتي من النص ما يشهد لمقالة الإمام .

قلت : قد يقال : إن كلام البغوي ليس علىٰ لزوم الإمهال ؛ فإن من ألزم الإمهال ومنع الفسخ . . لم يقيده بمدة ، بل غايته بيع العروض ، وإنما هو علىٰ طريقة الفسخ لا يبادر إليه ، بل يؤخر ذلك ثلاثة أيام ؛ لأنها مدة قريبة ، وقد شبه الإمام ذلك بغيبه المال مع أنه يمهل معها إلى الإحضار إن كان دون مرحلتين .

وقال شيخنا أيضاً : لا يعرف من قوله : (**أمهله**) اللزوم أو الاستحباب ، وتصديره باستحباب المهلة عند استمهال المكاتب قد يشعر بالاستحباب فيما ذكره .

قلت : ذاك في الاستمهال لغير سبب ، وأما هنا . . فإنه لسبب وعذر ، وكلامه يفهم وجوبه ؛ لقوله : (**فله أن لا يزيد في المهلة علىٰ ثلاثة أيام**) فدل علىٰ أن إمهال الثلاثة وما دونها لازم ليس له في هـٰذه الحالة تركه .

٦٥٠٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٧] : (**وإن كان ماله غائباً . . أمهله إلى الإحضار إن كان دون مرحلتين**) قال الرافعي : أطلق الأمام والغزالي جواز الفسخ ، وليحمل علىٰ تفصيل ذكره ابن الصباغ والبغوي وغيرهما : أنه إن كان علىٰ مسافة القصر . . لم يلزمه التأخير ، وإن كان دونها . . لزمه .

قال في « المهمات » : ونص « الأم » موافق لكلام الإمام ؛ حيث قال : (فإن قال : لي شيء غائب أحضره . . لم يكن للسلطان أن ينظره إلىٰ قدوم الغائب ؛ لأنه قد ينظره فيفوت العبد بنفسه ولا يؤدي إليه ماله)[1] ، قال : وتعليله بالفوات يدل علىٰ عدم الفرق بين المسافتين ، قال : واقتصار الرافعي على النقل عن هـٰذه الطبقة يدل علىٰ أنه لم يظفر فيها بشيء للمتقدمين فضلاً عن إمام المذهب .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : والتفرقة بين المسافتين مأخوذة مما إذا سلم المبيع ومال المشتري علىٰ مسافة القصر ؛ فللبائع الفسخ ولا يكلف الصبر إلىٰ إحضاره وإن كان علىٰ ما دونها . . **فالأصح** : أنه كالذي في البلد ، وذلك لا يأتي هنا ؛ لأنه يزول ضرر البائع بالحجر على المشتري ، وهو متعذر هنا .

٦٥٠٧ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٧] : (**ولو حل النجم وهو غائب . . فللسيد الفسخ**) قيده شيخنا في « تصحيح المنهاج » بقيدين :

---

(١) الأم (٧٦/٨) .

أحدهما : أن لا يكون السيد أنظره بذلك ، فمتىٰ أنظره به إلىٰ غير أجل أو إلىٰ أجل ولم يمض . . فليس له الفسخ[1] ، وحكاه عن نص « الأم »[2] ، قال : وليس لنا موضع يكون الإنظار فيه مؤثراً أثراً لازماً غير هـٰذا .

ثانيهما : أن لا يكون سافر بإذنه ، فمتىٰ سافر بإذنه . . فليس له الفسخ ، وطريقه الرفع إلى القاضي ، وإثبات ذلك لديه ، وكتابته لقاضي بلد العبد ، وحكاه عن الشيخ أبي حامد وأتباعه ، ولم يذكر الرافعي والنووي ذلك فيما إذا سافر قبل الحلول ، وإنما ذكراه فيما إذا سافر بعد الحلول ، وجمعا بين الإذن والإنظار ، واقتضىٰ كلامهما : أنه لا بد من اجتماعهما ، وعبارة « أصل الروضة » : ولو أنظر المكاتب بعد حلول النجم وأذن له في السفر ثم بدا له في الإنظار . . لم يكن له الفسخ في الحال ؛ لأن المكاتب غير مقصر هنا ، ولكن يرفع السيد الأمر إلى الحاكم ، ويقيم البينة على الحلول والغيبة ، ويحلف مع ذلك ، ويذكر أنه رجع عن الإنظار ، فيكتب الحاكم إلىٰ حاكم بلد المكاتب ليعرفه الحال ، فإن أظهر العجز . . كتب به إلىٰ حاكم بلد السيد ؛ ليفسخ إن شاء ، وإن قال : أؤدي وللسيد هناك وكيل . . أعطاه ، فإن لم يعط . . ثبت الفسخ **على المشهور** ، وإن لم يكن ثَمَّ وكيل . . أمر بإيصاله إليه في الحال أو مع أول رفقة ، فإذا مضىٰ إمكان . . فللسيد الفسخ[3] .

وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٧٠٦] : (**لا إن غاب بعد المحل بإذنه حتىٰ يخبر بندمه وقصَّر في الإياب**) ، واعترض ذلك شيخنا في « تصحيح المنهاج » وقال : الإنظار لا يتوقف علىٰ حلول النجم ، بل لو أنظره قبل حلوله . . كان الحكم فيه وفيما بعد الحلول سواء كما سبق في نص الشافعي ، ولا يحتاج مع ذلك إلى الإذن في السفر ، قال : وعبارة الشافعي : (فإن جاء إلىٰ ذلك الأجل ، وإلا . . عجزه حاكم بلده)[4] ، وظاهره عندي أن الذي يعجزه حاكم بلد المكاتب ، وتقدم عن « الروضة » أنه حاكم بلد السيد ، قال شيخنا : وهـٰذا عندي لا يستقيم ؛ لأنه يحتاج حاكم بلد المكاتب **بعد** مضي المدة المضروبة أن يكتب إلىٰ حاكم بلد السيد ، وذلك ضرر على المالك بالتأخير بعد المدة المضروبة إلىٰ مدة يصل فيها كتاب حاكم بلد المكاتب ، قال : وهـٰذا موضع مهم يتفق الأصحاب المذكورون علىٰ أمر مخالف لنص الشافعي ، ومؤدٍ إلىٰ ضرر السيد .

قلت : الضرر والتطويل إنما هو إذا كان المعجز له حاكم بلد المكاتب ؛ فان السيد يحتاج **بعد** مضي مدة وصوله إلى الكتابة له وإرسال وكيل لطلب الحكم منه بذلك ، وثم لا يظهر له الحكم بذلك

---

(١) في النسخ : (فله الفسخ) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله أعلم .

(٢) الأم (٨/٧٦) .

(٣) الروضة (١٢/٢٥٦) .

(٤) انظر « الأم » (٨/٧٦) .

إلا بعد مدة ، وأما حاكم بلد السيد . . فلا يحتاج بعد مضي المدة إلىٰ شي ، بل يبادر للحكم ، وقول شيخنا : يحتاج حاكم بلد المكاتب بعد المدة إلىٰ مكاتبة حاكم بلد السيد ، لا معنىٰ له ، والله أعلم .

٦٥٠٨ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٧] : (**فلو كان له مال حاضر . . فليس للقاضي الأداء منه**) قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : مقتضاه : أن للسيد الفسخ في الحال ، وليس كذلك ؛ فقد نص الشافعي في « الأم » علىٰ أنه يوقف ماله وينتظر ، فإن أدىٰ ، وإلا . . فلسيده تعجيزه ، ولم يذكر هـٰذا النص أحد من الأصحاب . انتهىٰ[١] .

وفي « أصل الروضة » عند ذكر رفع السيد الأمر إلى الحاكم عند حلول النجم والمكاتب غائب وتحليفه له، قال الصيدلاني: يحلفه أنه ما قبض منه النجوم ولا من وكيله، ولا يعلم له مالاً حاضراً[٢].

قال في « المهمات » : ولا يجتمع هـٰذا مع عدم الأداء من المال الحاضر ، وسبقه إلىٰ ذلك في « المطلب » .

وأجاب عنه شيخنا في « تصحيح المنهاج » : بأن الذي قاله الصيدلاني إنما هو من أجل الوقف كما في الإنظار ، لا من أجل أن القاضي يوفيه منه .

٦٥٠٩ـ قوله : (**ولا تنفسخ بجنون المكاتب**)[٣] قد يفهم أنه ليس للسيد فسخها ، وليس كذلك ؛ فله فسخها إن لم يكن للمكاتب مال ، وقد ذكره « الحاوي »[٤] ، فإن أفاق فظهر له مال كان موجوداً قبل الفسخ . . فله دفعه إلى السيد ، ويعتق ويبطل تعجيزه ، كذا أطلقوه . قال الرافعي : وأحسن الإمام فقال : إن ظهر المال في يد السيد . . رد التعجيز ، وإلا . . فلا[٥] .

وإذا لم تنفسخ بالجنون . . فالإغماء أولىٰ بذلك ، ثم عدم الانفساخ مخالف للقاعدة ، وهو أن الجائز ينفسخ بالجنون والإغماء ، والكتابة جائزة من جهة العبد ، وكأن ذلك لتشوف الشارع للعتق ، وكل هـٰذا في الكتابة الصحيحة ، أما الفاسدة فستأتي .

٦٥١٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٧] : (**ويؤدي القاضي إن وجد له مالاً**) أي : بعد الثبوت والتحليف ، فيه أمران :

أحدهما : كذا أطلقه الجمهور ، وقال الغزالي : إنما يؤدي إذا رأىٰ مصلحة في الحرية ، فإن رأىٰ أنه يضيع بها . . لم يؤد[٦] ، وتبعه « الحاوي » فقال [ص ٧٠٦] : (**لا إن وفىٰ ماله . . فيؤدي**

---

(١) الأم (٨/٧٦) .
(٢) الروضة (١٢/٢٥٥) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٩٧) .
(٤) الحاوي (ص ٧٠٦) .
(٥) فتح العزيز (١٣/٥١٤) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٩/٤٦٦) .
(٦) انظر « الوسيط » (٧/٥١٨) ، و« الوجيز » (٢/٢٨٥) .

القاضي إن رأىٰ) قال الرافعي : وهو جيد ، لكنه قليل النفع مع قولنا : إن للسيد إذا وجد ماله الاستقلال بأخذه ، إلا أن يقال : إن الحاكم يمنعه من الأخذ في هٰذه الحالة[1] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : والذي قاله من قلة النفع واعتذاره بأن يقال : للحاكم منعه ، مردود ؛ فإن الحاكم قد لا يطلع علىٰ ذلك ، وإنما جوابه أن السيد لا يستقل والحالة هٰذه بالأخذ ، وقد راعى الشافعي حال المكاتب الذي طرأ له الجنون بعد الكتابة حتىٰ قال : (إن الحاكم إذا لم يجد له مالاً ولم يجد له نفقة ولا أحداً يتطوع بأن ينفق عليه . . عجَّزه ، وألزم السيد نفقته بعد أن يقضي عليه بالعجز)[2] ، قال شيخنا : وقضيه ذلك مراعاة مصلحة المكاتب ، فإن كان الأداء عنه ما يضره بحصول العتق وضياع حاله من جهة عدم النفقة . . امتنع على القاضي أن يفعل ذلك ، هٰذا هو المعتمد ، وبه يتقيد إطلاق من أطلق أن القاضي يؤدي عن الذي جن بعد الكتابة .

ثانيهما : قد يفهم تعين القاضي طريقاً في صحة الأداء ، وليس كذلك ، فلو أداه المجنون له أو استقل هو بأخذه . . عتق ؛ لأن قبض النجوم مستحق ، ولو أخذها المولىٰ من غير إقباض المكاتب . . وقع موقعه كما قال في « أصل الروضة » : إنه المعروف في المذهب[3] .

٦٥١١ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٨] : **(وإن جنى المكاتب عليه جناية خطأ . . فدىٰ نفسه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية في أحد القولين ، وبأرش الجناية بالغاً ما بلغ في الآخر) الأصح** : الأول كما صرح به النووي في « تصحيح التنبيه »[4] ، وعليه مشى « الحاوي »[5] ، وهو مقتضىٰ كلام « أصل الروضة » فإنه قال : فيه القولان في الجناية على الأجنبي[6] ، ومقتضاه : ترجيح أقل الأمرين كما في الأجنبي ، وبه جزم « المنهاج » في الأجنبي ، لكنه قال في جنايته علىٰ سيده : **(فلوارثه قصاص ، فإن عفا علىٰ دية أو قتل خطأ . . أخذها مما معه)**[7] ثم قال : **(أو قطع طرفه . . فاقتصاصه والدية كما سبق)**[8] ، وظاهره إيجاب الدية مطلقاً ، وهو الذي رجحه شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وحكاه عن نص « الأم » و« المختصر » ، وقال : إن القواعد تأبى الأول ؛ فإن الفداء إنما يكون من أجل أن لا تباع رقبة الجاني في الجناية ، وهٰذا مستحيل هنا ، ويكون

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٥١٤) .
(٢) انظر « الأم » (٨/ ٣٦) .
(٣) الروضة (١٢/ ٢٣٧) .
(٤) تصحيح التنبيه (١/ ٤٥٢) .
(٥) الحاوي (ص ٧٠٦) .
(٦) الروضة (١٢/ ٣٠٣) .
(٧) المنهاج (ص ٥٩٨) .
(٨) المنهاج (ص ٥٩٨) .

ما ترتب عليه مردوداً ، وحكىٰ عن الشيخ أبي حامد أنه قال في جنايته على السيد خطأ : يتعلق أرشها برقبته يباع فيها وقال : إنه وهم ؛ فإنه لا يباع إلا بعد ارتفاع الكتابة ، وإذا ارتفعت . . صار قناً للسيد وسقط الأرش ، ثم ذكر أنه ترتب علىٰ هـٰذا الوهم قول « الروضة » : هل الواجب الأرش أم أقل الأمرين ؟ فيه القولان[1] ؛ لأن قضية تعلق الأرش بالرقبة : أن يباع فيها ، فإذا فدىٰ نفسه من البيع . . جاء القولان ، والرقبة هنا لا تباع في هـٰذه الجناية أصلاً ، **والصواب** : أن يقال : يتعلق الأرش بما في يد المكاتب بالغاً ما بلغ ، وكان ينبغي « للمنهاج » أن يقول : (وما سيكسبه) كما قال في الأجنبي ، فلا فرق بينهما في ذلك ، ولم يذكرهما في « الروضة » في الأجنبي أيضاً .

ويستثنىٰ من ذلك : ما إذا أعتقه السيد بعد الجناية وفي يده وفاء . . فإن **المذهب** : القطع بأرش الجناية .

وقول « التنبيه » [ص ١٤٨] : (**أو أرش الجناية**) صوابه بالواو .

٦٥١٢ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٨] : (**فإن لم يكن . . فله تعجيزه في الأصح**) فيه أمور :

أحدها : كان ينبغي أن يقول : (على النص) فقد نص عليه في « الأم » و« المختصر »[2] .

ثانيها : قوله : (**فإن لم يكن**) أي : معه شيء ، كذا لو كان معه ما لا يفي بالأرش . . فله تعجيزه أيضاً .

ثالثها : كذا في « المنهاج » و« المحرر » حكاية الخلاف في أن للوارث التعجيز[3] ، والخلاف في « الروضة » وأصلها[4] ، وأكثر التصانيف إنما هو في السيد ، ولم يتعرضوا للوارث .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وبينهما فرق ؛ فإن دية النفس تثبت للميت ابتداء ، ثم ينتقل للوارث **على الأظهر** ؛ ولهـٰذا يقضي منها ديونه وينفذ وصاياه ، فللوارث تعجيزه **قطعاً** ؛ لأن وجه منع السيد من تعجيزه موجه بعدم الفائدة ؛ لأنه إذا عجزه . . سقط الأرش والنجم ، بخلاف الوارث ؛ فإنه إذا عجزه . . لا يسقط الأرش ؛ لعدم انحصار الحق فيه ، فيستفيد به قضاء دين الميت وتنفيذ وصيته ؛ ولهـٰذا خص البغوي في تعليقه الوجهين بقولنا : إن الدية تثبت للوارث ابتداء ، وعبارة « التنبيه » في هـٰذه المسألة [ص ١٤٨] : (**وإن لم يفد نفسه . . كان للمولىٰ أن يعجزه**) .

٦٥١٣ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٨] : (**ولو قتل أجنبياً أو قطعه فعُفي علىٰ مال أو كان خطأ . . أخذ مما معه ومما سيكسبه الأقل من قيمته والأرش**) و« التنبيه » [ص ١٤٨] : (**وإن جنىٰ علىٰ أجنبي . .**

---

(١) الروضة (١٢/٣٠٣) .

(٢) الأم (٨/٦٧) ، مختصر المزني (ص ٣٢٩) .

(٣) المحرر (ص ٥٢٨) ، المنهاج (ص ٥٩٨) .

(٤) فتح العزيز (١٣/٥٧٦) ، الروضة (١٢/٣٠٣) .

فدىٰ نفسه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية) هي طريقة ، **والأصح** : إجراء القولين في المسألة قبلها .

قال شيخنا ابن النقيب : خالفت عبارة « المنهاج » هنا عبارته في الجناية علىٰ سيده من وجوه :

منها : قوله هنا : (**عفي علىٰ مال**) وهناك : (**علىٰ دية**) .

ومنها : قوله هنا : (**ومما سيكسبه**) ولم يقله هناك .

ومنها : جزمه هنا بالأقل وهو المصحح ، وهناك بالدية[1] .

قلت : **ومنها** : أنه لم يذكر القصاص هنا ، وكأنه اكتفىٰ بذكره في السيد ، وهو في « المحرر » هنا أيضاً[2] .

٦٥١٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٨] : (**فإن لم يفد نفسه .. بيع في الجناية ، وانفسخت الكتابة**) فيه أمران :

أحدهما : أنه إنما يباع كله في الجناية إذا كانت قيمته قدر أرشها أو أنقص ، فإن كانت أزيد .. بيع منه بقدر الأرش فقط .

ثانيهما : ظاهر كلامه أنه لا حاجة إلىٰ تعجيزه ، وليس كذلك ، بل لا بد أن يعجزه القاضي بطلب المستحق ، وقد ذكر « المنهاج » الأمرين فقال [ص ٥٩٨] : (**فإن لم يكن معه شيء وسأل المستحق تعجيزه عجزه القاضي وبيع بقدر الأرش ، فإن بقي منه شيء .. بقيت فيه الكتابة**) . وفي كلامه أمور :

أحدها : لا يتوقف التعجيز علىٰ أن لا يكون معه شيء ، بل الشرط أن لا يكون معه القدر الواجب .

ثانيها : مقتضاه : أن القاضي يعجزه بحيث يعود كله قناً ، وإن كان لا يبيع منه إلا بقدر الأرش ، وليس كذلك ؛ فإنما يعجز منه القدر الذي يبيعه ؛ ولهـٰذا قال : (**فإن بقي منه شيء .. بقيت فيه الكتابة**)[3] .

ثالثها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنما يبيع بقدر الأرش إذا كان الأقل الأرش ، فإن كان الأقل القيمة ورغب فيه بأزيد منها .. فهل يباع كله ويدفع الثمن الناقص عن الأرش للمستحق ، أم لا يباع منه إلا بقدر القيمة وتبقى الكتابة في الباقي ؟ لم أر من تعرض له ، **والأرجح** : الأول . انتهىٰ .

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٨/ ٣٩٥) .

(٢) المحرر (ص ٥٢٨) .

(٣) المنهاج (ص ٥٩٨) .

وعبارة « الحاوي » في ذلك [ص ٧٠٦] : (**وللمجني عليه بالقاضي**) أي : تعجيزه ، فسلم باختصار العبارة مما ورد على « المنهاج » .

٦٥١٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٨] : (**وللسيد فداؤه**) لا يفهم منه أن على المستحق القبول ؛ فقول « الحاوي » [ص ٧٠٦] : (**وللمجني عليه بالقاضي إن لم يفد السيد**) أحسن منه ؛ لإفادته ذلك ؛ فإنه دال علىٰ أنه إذا فداه . . لم يكن للمجني عليه التعجيز .

٦٥١٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٨] : (**ولو أعتقه بعد الجناية أو أبرأه . . عتق ولزمه الفداء**) يفهم أن المراد : الفداء المتقدم ، وفيه طريقان : قيل : على القولين ، وقيل : بالأقل قطعاً ، ولم يصحح منها في « أصل الروضة » شيئاً ، لكنه صحح طريقة القطع في القن إذا جنىٰ فأعتقه سيده ، مع أنه أقرب إلى البيع من المكاتب .

٦٥١٧ـ قوله ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » : (**ويستقل بكل تصرف لا تبرع فيه ولا خطر ، وإلا . . فلا**)[1] أورد عليه شيخنا في « تصحيح المنهاج » أمور :

أحدها : تكفيره بالمال ليس تبرعاً ولا خطراً ، ومع ذلك فلا يعتق ولا يستقل بإطعام ولا كسوة ، نص عليه ، وحكى الرافعي في غير العتق طريقين :

إحداهما : بناؤه على القولين في تبرعاته .

والأخرىٰ : بناؤه على القولين في ملك العبد بتمليك السيد[2] .

قلت : قد ذكر « الحاوي » ذلك فيما فيه تبرع ، وهو مقتضىٰ كلام « التنبيه »[3] .

ثانيها : يستثنىٰ مما فيه تبرع : ما تصدّق به على المكاتب من لحم وخبز مما العادة أن يؤكل ولا يباع ، فإذا أهدىٰ شيئاً منه لأحد . . كان للمهدىٰ إليه أكله ، نص عليه في « الأم » لحديث بريرة[4] ، فوجب تقييد نصوصه المطلقة به للمسامحة بذلك ، ولم أر أحداً استثناه .

ثالثها : يستثنىٰ مما فيه خطر : ما الغالب فيه السلامة ويفعل للمصلحة ؛ كتوديج البهائم وكيها ، وقطع السلع منها ، والفصد ، والحجامة ، وختن الرقيق ، وقطع سلعته التي في قطعها خطر لكن في بقائها أكثر أو كان في قطعها خطر وفي إبقائها خطر[5] .

٦٥١٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٧] : (**ولا يحابي ، ولا يهب ، ولا يعتق ، ولا يكاتب ، ولا يضارب ، ولا يرهن ، ولا يكفر بالطعام والكسوة ، ولا ينفق علىٰ أقاربه غير ولده من أمته ،**

---

(١) انظر « الحاوي » (ص ٧٠٧) ، و« المنهاج » (ص ٥٩٨) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٥٥١) .
(٣) التنبيه (ص ١٤٧) .
(٤) الأم (٨/ ٣٢) .
(٥) انظر « حاشية الرملي » (٤/ ٤٩٦) .

ولا يشتري من يعتق عليه ، فإن أذن له السيد في شيء من ذلك . . ففيه قولان) فيه أمور :

أحدها : **الأظهر** : جوازه إلا في العتق والكتابة ، وقد ذكره « المنهاج » فقال [ص ٥٩٨] : (**ويصح بإذن سيده في الأظهر**) أي : ما فيه تبرع أو خطر ، ثم قال : (**ولا يصح إعتاقه وكتابته بإذن على المذهب**)[١] و« الحاوي » فقال [ص ٧٠٧] : (**وتبرع وبخطر**) وذكر أمثلة **ذلك بإذن** ، لا العتق والكتابة والتسري ، والمراد : الإعتاق عن نفسه ، فلو أعتق عن السيد أو عن أجنبي بإذن السيد . . صح **في الأظهر** كغير العتق ، وأطلق النووي في « تصحيح التنبيه » : الجواز ، ولم يستثن شيئاً ، ومحل الخلاف في الهبة : إذا أذن في الإقباض أيضاً ، قاله في « الكفاية » .

ثانيها : قوله : (**ولا يرهن**) قال الرافعي : إنه الذي أطبق عليه عامة الأصحاب ، ثم قال : ويشبه أن يتوسط ، فيجوز عند الضرورة دون المصلحة[٢] ، وخالف **ذلك** في كتاب الرهن ، فصحح جوازه ، وجعل حكمه كحكم الولي ، ومال إليه السبكي فقال في « شرح المهذب » : نصوص الشافعي دالة علىٰ أن المكاتب كالولي حرفاً بحرف ، **يرهن** للضرورة والمصلحة ، وهو الظاهر ، قال : ولم يختلف كلام الرافعي في الرهن والكتابة إلا في كونه جعل البيع نسبة في باب الكتابة ممتنعاً عند عامة الأصحاب ، وفي باب الرهن علىٰ وجه مشيراً ، إلىٰ أن **الأصح** خلافه ، قال : والظاهر الذي نقله الشيخ أبو حامد عن النص خلاف ما صححه ، وحمل في « الكفاية » كلام « التنبيه » علىٰ غير الحاجة ، وحكى التصريح بجوازه عند الحاجة عن الماوردي .

ثالثها : قوله : (**ولا ينفق علىٰ أقاربه غير ولده من أمته**) كذلك لو كان في ملكه أصله أو فرعه بهبة أو وصية حيث يجوز ومرض أو عجز . . فإنه ينفق عليه .

رابعها : يستثنىٰ من ذلك : الإقراض ؛ فيجوز بإذن السيد بلا خلاف ، كما حكاه في « أصل الروضة » عن القفال وأقره ، لكنه ذكر هنا أن فيه القولين في تبرعاته[٣] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إنه ليس بمعتمد ؛ فإن الإقراض حال ليس فيها إلا الإرفاق بالتأخير تبرعاً ، ويرجع فيه ما دام باقياً ، وإذا تلف . . طالب ببدله .

خامسها : يستثنىٰ من ذلك أيضاً : خلع المكاتبة بإذن سيدها ، قال في « أصل الروضة » في الخلع : **المذهب المنصوص** هنا : أنه كاختلاعها بغير إذن[٤] ، وهو مخالف لترجيح الرافعي أنه على القولين في تبرعاته ، وتبع هنا الرافعي علىٰ ترجيح طريقة القولين وتصحيح الصحة ، وفي

---

(١) المنهاج (ص ٥٩٨) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (١٣/٥٤٦) .

(٣) الروضة (١٢/٢٦٦) .

(٤) الروضة (٧/٣٨٥) .

« المهمات » : إنه الصواب ، لكن **الأرجح** عند شيخنا في « تصحيح المنهاج » : طريقة القطع ؛ فلذلك استثناه .

سادسها : قال في « أصل الروضة » : لو وهب للسيد أو لابنه الصغير أو أقرضه أو باعه نسئية أو بمحاباة أو عجل له ديناً مؤجلاً غير النجوم . . **فالمذهب** : أنه على الخلاف فيما إذا وهب لغيره بإذنه[1] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **المذهب** : أنه يصح قطعاً وليس كالهبة للأجنبي ، وقد نص في « الأم » علىٰ ما يقتضيه ، فعلىٰ هـٰذا : تستثنىٰ هـٰذه الصورة أيضاً من محل الخلاف ، قال شيخنا : ولم أقف على الطريقين في التبرع على ابن سيده الصغير ، وإنما فيه قولان ؛ لأن علة القطع أنه مال لعبده ، فيأخذه كيف شاء ، وهـٰذا لا يأتي في ولده الصغير .

سابعها : حكىٰ في « المنهاج » أيضاً القولين في شراء من يعتق عليه بالإذن ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : الذي ظهر لي من نصوص الشافعي أنه لا يصح الشراء وإن إذن سيده ؛ لأن صحة الشراء تقتضي أن يترتب عليه عتقه ، وهو متعذر إذا لم يوجد إذن في العتق ، وهو كشراء المريض مرض الموت من يعتق عليه وعليه دين مستغرق . . **فالأصح** : بطلانه ، خلافاً للرافعي والنووي ، فلو أذن له السيد في الإعتاق . . صح إذا لم يكن الإعتاق عن المكاتب .

٦٥١٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٨] : (**فإن صح . . تكاتب عليه**) أي : يمتنع عليه بيعه ويعتق بعتقه ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهـٰذه اللفظة لم أجدها في كلام الشافعي ولا الأصحاب المتقدمين ولتفاعل معان ليس هـٰذا منها ، وإنما معناه تبعه في المقصد من الكتابة وهو : منع بيعه ، وأنه يرق برقه ويعتق بعتقه ، وهـٰذا اصطلاح شرعي[2] .

٦٥٢٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٧] : (**وله أن يسافر في أحد القولين دون الآخر**) **الأصح** : جوازه ، وحكى الغزالي الخلاف عن العراقيين وجهين[3] ، ولا يخفىٰ أن محل المنع : إذا لم يأذن السيد ، وفي « المهمات » : إن كلام « التنبيه » يقتضي جريان الخلاف مع الإذن أيضاً ، وفيه نظر . انتهىٰ .

وقيل : إن كان إلىٰ دون مسافة القصر . . جاز ، وإلا . . فلا ، ونقله الماوردي عن أكثر الأصحاب[4] ، ولا يجوز السفر في الكتابة الفاسدة **على الصحيح** .

---

(١) الروضة (١٢/٢٨١) .

(٢) انظر « حاشية الرملي » (٤/٤٩٧) .

(٣) انظر « الوسيط » (٧/٥٣٤) .

(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٨/٢٩٦) .

قال في « المهمات » : وتعليل الرافعي يقتضي تخصيص الخلاف بسفر التجارة[1] ، وتصوير المسألة يقتضي تعميم كل سفر ، **وصحح** في « شرح المهذب » : أن له منعه من سفر الحج[2] ، وهو ضعيف ؛ لأنه ليس له إجباره على الكسب .

فصل

[في مشاركة الكتابة الفاسدةِ الصحيحةَ]

٦٥٢١ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٨] : (**الكتابة الفاسدة لشرط أو عوض أو أجل فاسد كالصحيحة في استقلاله بالكسب** . . . إلىٰ آخره) ليس فيه بيان حقيقة الفاسدة ، بل ظاهره انقسام الفاسدة إلىٰ ما كان فسادها من جهة الشرط أو العوض ، فهي التي كالصحيحة فيما ذكر ، وإلىٰ ما فسادها بغير ذلك ؛ فليست كالصحيحة ، وليس كذلك ، وإنما مراده : أن الفاسدة ما كان الخلل فيها من جهة أحد هـٰذه الأمور الثلاثة ، فإن كان خللها بعد ذلك . . فهي الباطلة ، وعبارة « الحاوي » [ص ٧٠٨] : (**والفاسدة كشرط شراء**) فاقتصر علىٰ ذكر مثالها ، وعبارة « التنبيه » [ص ١٤٨] : (**وإن كاتب علىٰ عوض محرم أو شرط فاسد . . فسدت الكتابة**) فبين حقيقتها إلا أنه لم يذكر الأجل الفاسد ؛ ولعله داخل في الشرط الفاسد ، وفي « أصل الروضة » : الباطلة هي : التي اختل بعض أركانها ؛ بأن كان السيد صبياً أو مجنوناً أو مكرهاً على الكتابة ، أو كان العبد كذلك ، أو كاتب ولي الصبي والمجنون عبدهما ، أو لم يجر ذكر عوض ، أو ذكر ما لا يقصد ولا مالية فيه كالحشرات والدم ، أو اختلت الصيغة ؛ بأن فقد الإيجاب والقبول ، أو لم يوافق أحدهما الآخر ، وأما الفاسدة . . فهي : التي اختلت صحتها لشرط فاسد في العوض ؛ بأن ذكر خمراً أو خنزيراً أو مجهولاً أو لم يؤجله أو لم ينجمه أو كاتب بعض العبد ، وضبطها الإمام فقال : إذا صدرت الكتابة إيجاباً وقبولاً ممن تصح عبارته ، وظهر اشتمالها علىٰ قصد المالية ، لكنها لم تجمع شرائط الصحة . . فهي الكتابة الفاسدة ، وجعل الصيدلاني الكتابة علىٰ دم أو ميتة كتابة فاسدة كالكتابة علىٰ خمر[3] .

قال في « المهمات » : وظاهره أن مقالة الصيدلاني وجه ضعيف ، ولكن **الصحيح** : عدها مما يقصد ، وكذا صرح به الرافعي في الخلع ، وذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » : أن **المشهور** خلاف مقالة الصيدلاني .

ويرد علىٰ عبارة « التنبيه » و« المنهاج » أمور :

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٤٧٩) .

(٢) المجموع (٨/ ٢٣٨ ، ٢٤٤) .

(٣) الروضة (١٢/ ٢٣١) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٩/ ٣٥٧) .

أحدها : أن الكتابة علىٰ عوض محرم فاسد إنما تكون فاسدة إذا كان مقصوداً ، فإذا لم يقصد . . فهي باطلة .

ثانيها : أن كتابة بعض عبد فاسدة كما ذكره « المنهاج » قبل ذلك مع أن عبارتهما لا تتناوله .

ثالثها : يرد عليهما أيضاً : ما لو جعل العتق مرتباً علىٰ أداء بعض النجوم ، ويبقى الباقي بعد العتق ديناً على العتيق ؛ كما إذا كاتب علىٰ دينار إلىٰ شهر ودينارين إلىٰ شهرين علىٰ أنه إذا أدى الأول عتق ، ويؤدي الدينارين بعد العتق . . ففي « أصل الروضة » : في صحة الكتابة القولان فيما إذا جمعت الصفقة عقدين مختلفين[1] ، ومقتضىٰ ذلك : الصحة ، لكن قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : **الأصح** فيه : أنه كتابة فاسدة .

رابعها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لم يذكر في أول الكتابة أنه معتبر في صحتها تنجيز عقدها ، ولكن ذكر صيغتها بصورة التنجيز ، فإذا أتىٰ بالكتابة معلقة ووجد الشرط . . فهل هي فاسدة أو باطلة ؟ لم أر من تعرض لذلك ، ونص في « الأم » علىٰ أنه لم يقع كتابة ، ومقتضاه : أن تكون باطلة .

خامسها : إذا كان العوض فاسداً مقصوداً ، ولكن الكتابة صدرت بين كافرين ، وحصل القبض في حال كفرهما . . فهي كالصحيحة في أنه لا يثبت فيها تراجع ، نص عليه في « الأم » ، وتبعه الأصحاب .

سادسها : قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إذا قال في الكتابة : (فإذا أديت إلي . . فأنت حر بعد موتي) . . نص في « الأم » علىٰ أنها ليست كتابة ، وإنما هو مدبر ، ولسيده بيعه قبل أداء النجوم وبعده ، قال : ولم أر في كلام الأصحاب هـٰذا الفرع ، **وقياسه** : أنه لو كاتبه علىٰ نجوم وقال : (فإذا أديتها . . فأنت حر إن دخلت الدار أو مضىٰ بعد الأداء شهر) ونحو ذلك . . فإنه يكون تعليقاً محضاً ، ولم أر من تعرض لذلك أيضاً . انتهىٰ .

سابعها : إذا كاتب عن العبد غيره وفرعنا علىٰ أنها غير صحيحة كما صححه في زيادة « الروضة » . . فمقتضىٰ كلام « أصل الروضة » : أنها فاسدة ؛ فإنه قال : عتق بالصفة ، ويرجع المؤدي على السيد بما أدىٰ والسيد عليه بقيمة العبد[2] .

وليست هـٰذه الصورة داخلة فيما ذكراه في تعريف الفاسدة ، وقال النووي في «الدقائق»: الفاسد والباطل من العقود عندنا سواء ، إلا في مواضع منها : الحج ، والعارية ، والخلع ، والكتابة[3] ،

---

(١) الروضة (١٢/ ٢١٥) .
(٢) الروضة (١٢/ ٢٢٦) .
(٣) الدقائق (ص ٧٧) .

وحكاه عنه شيخنا الإسنوي في « التنقيح » بلفظ : إلا في أربع مسائل ، ثم اعترض عليه : بأن الحصر في الأربع ممنوع ، بل يتصور أيضاً الفرق في كل عقد صحيحة غير مضمون كالإجارة والهبة وغيرها؛ فإنه لو صدر من سفيه أو صبي وتلفت العين في يد المستأجر أو المتهب . . وجب الضمان، ولو كان فاسداً . . لم يجب ضمانها ؛ لأن فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه . انتهىٰ .

وقد عرفت أن النووي لم يأت بما يدل على الحصر ، وأن ذلك من تصرف الإسنوي في النقل عنه ، وقال في « التوشيح » : فرقوا بينهما في القراض في مسألتين ، وفيما لو قال : بعتك ، ولم يذكر ثمناً ، وسلم ، وتلفت العين في يد المشتري . . ففي وجه : عليه قيمتها ؛ لأنه بيع فاسد ، وفي آخر : لا ؛ إذ لا بيع أصلاً ، فيكون أمانة . انتهىٰ .

وقول « المنهاج » [ص ٥٩٨] : (**إن الفاسدة كالصحيحة في استقلاله بالكسب**) يقتضي سقوط نفقته عن السيد ، وأن له معاملته ، وهو الذي ذكره الإمام والغزالي[١] ، ومقتضاه : أنه لا تجب فطرته علىٰ سيده ، وهو خلاف المجزوم به في « أصل الروضة »[٢] ، وقد ذكره « الحاوي »[٣] .

وقال البغوي : لا تجوز له معاملته ، ولا ينفذ تصرفه فيما في يده كالمعلق عتقه[٤] .

قال الرافعي : ولعل هٰذا أقوىٰ[٥] .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : الذي ترجح عندنا أنه يتصرف فيما في يده ، وقضية ملكه لأكسابه أن يعامل السيد ، وحكى القاضي حسين في معاملته السيد وجهين ، **والأرجح** عندنا : ما سبق ، وهو الذي أفتىٰ به القفال .

٦٥٢٢ـ قوله : (**وأخذ مهر شبهة**)[٦] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لا يتقيد ذلك بالشبهة ، بل له مهر جاريته الواجب بالعقد من مسمىٰ صحيح أو مهر مثل بسبب تسميته فاسدة ، أو تلف المسمىٰ قبل قبض الزوجة وغير ذلك مما يوجب مهر المثل من غير وطء ، وكذا يكون له الفرض في المفوضة ومهر المثل في موت أحد الزوجين قبل الفرض ، والمسألتين في المفوضة ، قال : وجميع ذلك يأتي في المرأة المكاتبة كتابة فاسدة .

٦٥٢٣ـ قوله : (**وفي أنه يعتق بالأداء**)[٧] أي : لا بالإبراء كما ذكره بعد ذلك هو

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٩/ ٣٥٩) ، و« الوجيز » (٢/ ٢٨٢) .

(٢) الروضة (١٢/ ٢٣٥) .

(٣) الحاوي (ص ٧٠٩) .

(٤) انظر « التهذيب » (٨/ ٤٢٧) .

(٥) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٤٧٩) .

(٦) انظر « المنهاج » (ص ٥٩٨) .

(٧) انظر « المنهاج » (ص ٥٩٨) .

و« الحاوي »[1] ، ولا بالاعتياض كما ذكره « الحاوي »[2] ، وهو يفهم صحة الاعتياض في الكتابة الصحيحة ، وهو مفهوم كلام الغزالي كما نبه عليه الرافعي[3] ، **والأصح** : المنع .

قال القونوي : فلا ينبغي أن يحمل كلامه علىٰ ذلك ، بل علىٰ حصول العتق بالاعتياض في الصحيحة دون الفاسدة ، وعلىٰ ذلك حمله صاحبا « التعليقة » و« المصباح » ، والمراد : أداء المسمىٰ للمالك ، فيعتق بحكم التعليق ، فلو أداه لوكيل أو وارث . . لم يعتق ، وقد صرح بذلك « التنبيه »[4] ، وكذا لو دفعه للمالك قبل المحل . . **فالأصح** في « الروضة » : أنه لا يعتق ؛ لأن الصفة لم توجد[5] .

٦٥٢٤ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٩] : (**وكالتعليق في أنه لا يعتق بإبراء ، وتبطل بموت سيده ، وتصح الوصية برقبته ، ولا يصرف إليه سهم المكاتبين**) محل بطلان التعليق بموته فيما إذا لم يقل : (إن أديت إلىٰ وارثي كذا بعد موتي . . فأنت حر) ، فإن قال ذلك . . عتق بالأداء إليه ، جزم به في « أصل الروضة »[6] ، ولم أدر معنىٰ قول شيخنا في « تصحيح المنهاج » : لم أر من تعرض لذلك ، وقال بعد ذلك بعد نقله هـٰذا عن كتب المتأخرين : وما ذكروه تعليق ليس عن كتابة فاسدة ، ويرد على الحصر في الأربعة : صحة إعتاقه عن الكفارة ، وبيعه ، وهبته ، والتصدق به ، ومنعه من السفر ، وأنه لا يمنع من وطء الأمة .

٦٥٢٥ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج »ـ : (**وتخالفها في أن للسيد فسخها**)[7] تعقب شيخنا في « تصحيح المنهاج » هـٰذه العبارة من جهة أن الفسخ إنما يكون في العقد الصحيح ، أما الفاسد . . فلا يرتفع بالفسخ ؛ لأن الفسخ إنما يرفع الصحة ، قال : وإنما يقال كما قال الشافعي : إن للسيد إبطالها[8] .

٦٥٢٦ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٩] : (**وأنه لا يملك ما يأخذه ، بل يرجع المكاتب به أن كان متقوماً ، وهو عليه بقيمته يوم العتق**) فيه أمور :

أحدها : مقتضاه : أنه لم يملكه وقت أخذه ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وكلامهم

---

(١) الحاوي (ص ٧٠٩) ، المنهاج (ص ٥٩٩) .
(٢) الحاوي (ص ٧٠٩) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٤٨١) .
(٤) التنبيه (ص ١٤٨) .
(٥) الروضة (١٢/ ٢٣٥) .
(٦) الروضة (١٢/ ٢٣٥) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ١٤٨) ، و« الحاوي » (ص ٧٠٩) ، و« المنهاج » (ص ٥٩٩) .
(٨) انظر « الأم » (٨/ ٧٥) .

علىٰ هٰذا ، وعندي ليس الأمر كذلك ، بل يملكه ، فإذا حصل العتق . . ارتفع ذلك الملك ؛ واستشهد له بما إذا علق طلاق زوجته علىٰ إعطاء الدراهم فأعطته غير الغالب . . ملكه ، وله رده وطلب الغالب ، غير أنه في الكتابة يرتفع الملك قهراً ، وهنا يرتفع برد الزوج .

ثانيها : قال شيخنا أيضاً : يستثنىٰ من ذلك : ما أخذه الكافر الأصلي من مكاتبة الكافر الأصلي حال الكفر . . فإنه يملكه ولا يراجع .

ثالثها : المراد بالمتقوم : ما له قيمة كما عبر به في « المحرر »[1] ، لا ضد المثلي ، وكذلك يرجع بما لا قيمة له إذا كان محترماً كجلد الميتة قبل الدبغ ، إلا أنه إذا تلف . . لم يرجع ببدله ، وعبارة « التنبيه » [ص ١٤٨] : (**ورجع المولىٰ عليه بالقيمة ، ورجع هو على المولىٰ بما دفع**) ، وعبارة « الحاوي » فيما خالفت فيه الفاسدة الصحيحة [ص ٧٠٩] : (**والرجوع إلىٰ قيمته**) فلا يرد عليهما الأمر الأول والثالث ، ويرد على « التنبيه » : أنه إنما يرجع على المولىٰ بما دفع إذا كان محترماً كما تقدم .

٦٥٢٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٨] : (**وإن كانا من جنس واحد . . سقط أحدهما بالآخر في أحد الأقوال ، ولا يسقط في الثاني ، ولا يسقط في الثالث إلا برضا أحدهما ، ولا يسقط في الرابع إلا برضاهما**) فيه أمور :

أحدها : **الأظهر** : الأول ، وعبارة « المنهاج » من زيادته [ص ٥٩٩] : (**أصح أقوال التقاص . . سقوط أحد الدينين بالآخر بلا رضاً**) وعليه مشى « الحاوي » في أوائل القضاء فقال [ص ٦٦٣] : (**وله جحد حقه إن جحد وتقاصّا كدينين تساويا صفة**) .

ثانيها : صورة المسألة : أن يكون ما أداه العبد قد تلف ؛ فإن التقاص إنما يكون في الدينين ، كما صرح به « الحاوي » لا في دين وعين[2] .

ثالثها : لا يكفي كونهما من جنس واحد ، بل لا بد من اتفاقهما في الصفة أيضاً ؛ كالصحة والتكسير والحلول والتأجيل ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٦٦٣] : (**تساويا صفة**) فاستغنىٰ بذلك عن ذكر الجنس ، فلو تساويا في الأجل . . فهل هما كالحَالين أو كمؤجلين بأجلين مختلفين ؟ وجهان ، **أرجحهما** عند الإمام : الأول ، وعند البغوي : الثاني ، كذا في « أصل الروضة »[3] ، **ورجح** شيخنا في « تصحيح المنهاج » الأول ، وحكاه عن البندنيجي ، قال : وفي نص الشافعي ما يدل عليه .

---

(١) المحرر (ص ٥٢٩) .

(٢) الحاوي (ص ٦٦٣) .

(٣) الروضة (١٢/ ٢٧٣) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٩/ ٤٥١) ، و« التهذيب » (٨/ ٤٦١) .

رابعها : صورة المسألة أيضاً : أن يكونا نقدين ، فلا يحصل التقاص إلا في النقود **على الأصح** ، وهـٰذا وارد على « الحاوي » أيضاً ؛ لإطلاقه الدينين ، ويعتبر هنا أن يكون ما دفعه العبد نقداً وهو من نقد البلد حتىٰ يجانس ما يرجع به السيد من القيمة ؛ فإنه إنما يرجع بقيمته من نقد البلد ، واختصاص التقاص بالنقود ، قال في « أصل الروضة » : إنه **المذهب** الذي قطع به جمهور العراقيين وغيرهم[١] .

قال في « المهمات » : والمثليات قد نص عليها الشافعي رضي الله عنه ، وحكم فيها بالتقاص ، وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ذكر البندنيجي أن الأصحاب لم يختلفوا في أن الخلاف في التقاص لا يجري إلا في الدراهم والدنانير ، ولا فرق بين ما له مثل وغيره ، وقال : وهم في ذلك مخالفون لنص الشافعي لا عن قصد ، ولكن لقلة نظرهم في كتابه ؛ فقد نص في باب الجناية على المكاتب من « الأم » : أن التقاص يقع في الطعام فقال : فيما إذا كان للسيد على المكاتب مائة صاع حنطة حالة ، وحرق له مثلها . . كانت قصاصاً ، وإن كره سيد المكاتب[٢] ، قال البندنيجي : فقد نص علىٰ أن الأقوال تأتي في كل ما يثبت في الذمة من مثلي ومتقوم ، قال شيخنا : وهـٰذا الذي ذكره البندنيجي في المتقوم لم أقف عليه في كلام الشافعي ، ولكن الحوالة تجوز في المتقومات **على المشهور** ، **وقياسه** : دخول التقاص فيه لحصول التساوي ، وإلا . . لما صحت الحوالة به ، ويوافقه ذكرهم التقاص فيما إذا بادر أحد ابني المقتول وقتل الجاني ، مع أن الواجب إبل ، وهي متقومة غير موصوفة الوصف المعتبر في السلم ، وفي « أصل الروضة » في آخر المسألة ما ذكرناه من صور مجيء الخلاف في التقاص[٣] ، كذا أطلقه الأصحاب ، وفيه نظر ؛ لأن شرط التقاص : استواء الدينين في الجنس والصفة حتىٰ لا يجري إذا كان أحدهما مؤجلاً والآخر حالاً ، أو اختلف أجلهما ، وهنا أحد الدينين في ذمة الابن المبادر لورثة الجاني ، والآخر يتعلق بتركة الجاني ، ولا يثبت في ذمة أحد ، وهـٰذا الاختلاف أشد من الاختلاف في قدر الأجل . انتهىٰ .

قال شيخنا : ولم يوردا أن الدينين متقومان ، والتقاص لا يجري في المتقومات علىٰ ما صححاه ، وأن مع كونهما متقومين فليسا موصوفين بصفة السلم ، ويحتمل عند الدفع أن يكون أحد المدفوعين مغايراً لصفات الآخر ، وما كان كذلك . . فلا تقاص فيه ؛ لعدم معرفة التساوي ، قال : وعندي وقفة في ذلك من أجل نص للشافعي يشعر بدخول التقاص في ذلك ، قال : ومما ينتظم في هـٰذا السلك نفقة الزوجة وكسوتها ، فإذا كان لزوجها عليها دين من المثليات في المثلي

(١) الروضة (١٢/ ٢٧٤) .
(٢) الأم (٨/ ٧٢) .
(٣) الروضة (١٢/ ٢٧٣ ، ٢٧٤) .

ومن المتقومات في المتقوم . . نفىٰ دخول التقاص فيه ما إذا سبق في المثليات والمتقومات ، وفيها سبق في إبل الدبة من جهة الجهالة في الصفات ، وقد تقدم ، قال : **وصحح** في « النهاية » التقاص في المثليات[1] ، وجرىٰ عليه في « البسيط » .

خامسها : ظاهر كلامهم أنه لا فرق في ذلك بين دين السلم وغيره ، وبه صرح في « أصل الروضة »[2] .

قال في « المهمات » : وليس كذلك بلا خلاف ؛ لامتناع الاعتياض عن دين السلم ، كذا صرح به القاضي حسين والماوردي ، ونص عليه الشافعي .

سادسها : ولم يفرقوا بين أن يكون أحدهما معسراً أم لا ، وحكىٰ في « البحر » عن « المجرد » : أنه إذا كان أحدهما معسراً ودينه متعين صرفه لنفقته كالزوجة . . فلا تقاص ؛ لعدم توجه مطالبته ، ثم قال : يجب أن يكون هـٰذا علىٰ قولنا : إن التقاص لا يثبت إلا بالتراضي ، فإن قلنا : يتقاصان بوجوبهما . . فيجب أن يسقط أحدهما بالآخر ، قال شيخنا : وما ذكره ممنوع ؛ لأن علة المنع ما ذكرناه ، فلا يختص ذلك بقول التراضي .

سابعها : ما منع فيه التقاص قهراً إن كان لاختلاف جنس أو صفة من صحة وتكسير . . امتنع فيه بالتراضي أيضاً ، ولكن يدخله التعويض ، وإن كان لحلول أحدهما وتأجيل الآخر . . **فالمرجح** في « أصل الروضة » : أنه لا يدخله بالتراضي أيضاً[3] ، وفي « المهمات » : أن مذهب الشافعي جوازه ؛ فقد نص عليه في « الأم » في باب الجناية على المكاتب ؛ ولأجله قال البندنيجي : إن الأصحاب في ذلك مخالفون لنصوص الشافعي لا عن قصد ، ولكن لقلة نظرهم في كتبه .

وقال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : إن النص المذكور إنما هو فيما إذا كان للمكاتب علىٰ سيده دين حال من جناية ، وعلى المكاتب شيء لم يحل ، فرضي المكاتب أن يجعل حقه الحال قصاصاً عن الذي للسيد عليه من المؤجل ، قال شيخنا : وما أجاز الشافعي ذلك من جهة أنه لا بد من اجتماعهما على التقاص ، بل لما فيه من تحصيل العتق للمكاتب ، وصرح بذلك في باب جناية المكاتب علىٰ سيده والسيد علىٰ مكاتبه فقال : (لم تكن قصاصاً إلا أن يشاء المكاتب ذلك دون سيده)[4] ، ولو فرض في غير المكاتب رضا صاحب الدين الحال . . فيحتمل جوازه كالمكاتب ، ويحتمل الفرق ، وعلىٰ كل حال فالعبرة برضا صاحب الدين لا برضاهما .

---

(١) نهاية المطلب (١٩/ ٤٥٢) .

(٢) الروضة (١٢/ ٢٧٣) .

(٣) الروضة (١٢/ ٢٧٣) .

(٤) الأم (٨/ ٧٠) .

ثامنها : هل المراد بالرضا أن يرضىٰ في قلبه بذلك أم لا بد من التلفظ به ؟ **الأرجح** : الثاني ، قاله شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، قال : ويشهد له قول الشافعي : (لم يعتق حتىٰ يقول : قد جعلت ما وجب لي قصاصاً)[١] .

٦٥٢٨ـ قول « الحاوي » [ص ٧٠٨] : (**والفاسد كهو**) أي : كالصحيح ، ودخول الكاف على الضمائر قليل (**لا في الحط ، والسفر ، والإيصاء ، والإبراء ، والاعتياض والانفساخ بالفسخ وموته ، وحجره ، وجنونه ، ورد القاضي والفطرة والزكاة ، والرجوع إلىٰ قيمته**)[٢] فيه أمور .

أحدها : قوله : (**والإيصاء**) أي : تصح الوصية برقبة المكاتب كتابة فاسدة دون الصحيحة ، وحكىٰ فيه « التنبيه » قولين فقال [ص ١٤٨] : (**وإن وصىٰ بالمكاتب وهو لا يعلم بفساد الكتابة . . ففيه قولان ، أحدهما : يصح ، والثاني : لا يصح**) وقد عرفت أن **الأصح** : الصحة ، وبه جزم « المنهاج »[٣] ، وقيد محل الخلاف بأن لا يعلم فسادها ، فإن علم . . صحت الوصية قطعاً ، ومنهم من أجرىٰ فيه القولين ، وقد عرفت ما في قول « الحاوي » : (**والاعتياض**) .

وقوله : (**والانفساخ بالفسخ**) يتناول كلاً من السيد والمكاتب ، وقد عرفت ما في فسخ المكاتب في كلام الرافعي من الاضطراب ، والضمير في قوله : (**وموته ، وحجره ، وجنونه**) يعود للسيد ، وأما موت العبد . . فلا تبقي معه كتابة صحيحة ولا فاسدة ، ولا تنفسخ بجنونه وإغمائه ، وقد أفصح بذلك « المنهاج » فقال [ص ٥٩٩] : (**والأصح : بطلان الفاسدة بجنون السيد وإغمائه والحجر عليه**) ومسألة الإغماء ليست في « المحرر » ، وهي في « الروضة » وأصلها[٤] ، والمراد : حجر السفه ، فلو حجر عليه بالفلس . . لم تبطل الفاسدة ، ولكنه يباع في الدين ، فإذا بيع . . بطلت .

وذكر شيخنا في « تصحيح المنهاج » : أن بطلانها بهٰذه الأمور خلاف نص « الأم » حيث قال : (وكذلك لو كاتبه كتابة فاسدة وهو صحيح ثم خبل السيد فتأداها منه مغلوباً علىٰ عقله . . لم يعتق)[٥] ، قال شيخنا : فلو كانت تبطل بذلك . . لم يحتج لهٰذا الكلام لبطلانها بالجنون قبل التأدي .

ثانيها : قد يفهم من قوله : (**ورد القاضي**) أن له فسخها من غير طلب السيد ، وليس كذلك ، وإنما معناه : أن للسيد إذا أراد فسخ الكتابة الفاسدة أن يفسخها بنفسه وأن يرفع الأمر إلى القاضي ليفسخها .

ثالثها : ذكر أن الفاسدة تنفسخ بأحد أمور خمسة ، وبقي عليه : إعتاق السيد له لا عن جهة

---

(١) انظر « الأم » (٨/ ٧١) .
(٢) الحاوي (ص ٧٠٨) .
(٣) المنهاج (ص ٥٩٩) .
(٤) فتح العزيز (١٣/ ٤٨٥) ، الروضة (١٢/ ٢٣٦) .
(٥) الأم (٨/ ٤٩) .

الكتابة كما لو أعتقه عن كفارته . . يجزيه ، ويكون فسخاً للكتابة ، فلا يتبعه كسبه وولده ، بخلاف الصحيحة ، قال الرافعي : وليكن الحكم كذلك لو باعه أو وهبه[١] ، وقد يدعى اندراج هـٰذه الصورة في الفسخ .

رابعها : قد عرفت الإشكال في كون السيد تلزمه فطرته دون نفقته ، وقوله : (**والزكاة**) مكرر قد تقدم في قوله في قسم الصدقات : (**صحيحي الكتابة**)[٢] وأعاده لبيان ما فارقت فيه الكتابة الفاسدة الصحيحة وفي معنى الزكاة : الوقف على الرقاب والوصية لهم ، فلا يأخذ من ذلك شيئاً .

خامسها : يرد علىٰ حصره مسائل :

إحداها : أنه ليس له في الفاسدة معاملة السيد كما تقدم عن البغوي[٣] ، وأن الرافعي قال : لعله أقوىٰ[٤] ، لكن تقدم عن الإمام والغزالي وغيرهما : أن له معاملته كالصحيحة[٥] .

الثانية : أنه لا يعتق بتعجيل النجوم كما صححه النووي من زيادة « الروضة »[٦] وصاحب « الكفاية » لأن الصفة لم توجد علىٰ وجهها .

الثالثة : أنها لو عجزت فأرقّها أو فسخ الكتابة قبل عجزها . . لم يجب الاستبراء ، بخلاف الصحيحة[٧] ، وقد ذكره « الحاوي » في الاستبراء فقال [ص ٥٣٧] : (**ورفع الكتابة الصحيحة**) ، واعترضه شيخنا في « تصحيح المنهاج » : بأن الكتابة الفاسدة لا يحرم بها وطء المكاتبة ولا الاستمتاع بها ؛ فذكر الاستبراء لا معنىٰ له .

الرابعة : أنه لا تنقطع زكاة التجارة فيه ، فيخرج عنه زكاتها ؛ لتمكنه من التصرف فيه بالبيع وغيره بخلاف الصحيحة .

الخامسة : أن له منعه من صوم الكفارة إذا حلف بغير إذنه وكان يضعف بالصوم .

السادسة : أن له منعه من الإحرام وتحليله إذا حرم بغير إذنه ، وله هو أن يتحلل حينئذ .

السابعة : إذا أسلم عبد لكافر فكاتبه كتابة فاسدة . . لم يكف في إزالة سلطنته عنه .

الثامنة : أن الكتابة الفاسدة في الخيار ليست فسخاً من البائع ولا إجارة من المشتري إلا أن يعتق بالأداء في الخيار .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٤٨٢) .

(٢) الحاوي (ص ٤٤٨) .

(٣) انظر « التهذيب » (٨/ ٤٢٧) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٤٧٩) .

(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٩/ ٣٥٩) ، و« الوجيز » (٢/ ٢٨٢) .

(٦) الروضة (١٢/ ٢٣٥) .

(٧) انظر « الروضة » (١٢/ ٢٣٥) .

التاسعة : أنه لو اطلع علىٰ عيب بعبد بعد اشتراه بعد أن كاتبه كتابة فاسدة . . لم يمتنع رده بالعيب .

العاشرة : أن الكتابة الفاسدة من المشتري لا تمنع عود المكاتب إلى البائع بإقالة أو فسخ بتحالف أو غيره .

الحادية عشر : أنه يجوز له جعله رأس مال سلم ، وأداؤه عن سلم لزمه كما يجوز بيعه ، ويكون فسخاً للكتابة .

الثانية عشر : أنه يجوز إقراضه ، فإذا قبضه المقترض وملكه . . انفسخت الكتابة .

الثالثة عشر : أنه لا يجوز أن يكون وكيلاً عن المرتهن في قبض العين المرهونة من سيده ، ولا عن معامل سيده في صرف أو سلم أو غيرهما .

الرابعة عشر : أن لبائعه فسخ البيع إذا أفلس المشتري وكان قد كاتبه كتابة فاسدة وبيع في الدين .

الخامسة عشر : أنه لا تصح الحوالة عليه بالنجوم .

السادسة عشر : أنه لا يصح التوكيل بالفاسدة من السيد ، فلا تصدر من الوكيل لغلبة التعليق ، ويحتمل الجواز لشائبة المعاوضة ، وفي توكيل العبد من يقبلها له تردد ، فعلى المنع تخالف الصحيحة ، **والأرجح** : الاستواء .

السابعة عشر : أنه لا يوكل السيد من يقبض له النجوم ، ولا العبد من يؤديها عنه رعاية للتعليق بقوله : فإذا أديت إلي ؛ ويشهد له ما إذا قال : (إن أعطيتني كذا . . فأنت طالق) . . فالمنقول : أنها إذا أرسلته مع وكيل فقبضه الزوج . . لم تطلق .

الثامنة عشر : أنه يصح إقرار السيد به كعبده القن .

التاسعة عشر : أنه لا يصح إقراره بما يوجب مالاً متعلقاً برقبته ، بخلاف المكاتب كتابة صحيحة ؛ ففيه اختلاف ترجيح ، **والأصح** : القبول .

العشرون : أنه يقبل إقرار السيد على المكاتب كتابة فاسدة بما يوجب الأرش بخلاف الصحيحة .

الحادية والعشرون : أن للسيد أن يجعله أجرة في الإجارة وجعلاً في الجعالة ونفقة ، ويكون ذلك فسخاً .

الثانية والعشرون : إذا كاتب الفرع ما وهبه له أصله كتابة فاسدة بعد قبضه بإذنه . . فللأصل الرجوع فيه ، ويكون فسخاً .

الثالثة والعشرون : لا تصح الوصية بأن يكاتب عبده فلان كتابة فاسدة .

الرابعة والعشرون : أن الفاسدة الصادرة في المرض ليست من الثلث ؛ لأخذ السيد القيمة عَنْ رقبته ، بل هي من رأس المال .

الخامسة والعشرون : أنه لا يمتنع نظره إلىٰ مكاتبته كتابة فاسدة .

السادسة والعشرون : أن المعتبر في الفاسدة جواب خطبتها من السيد ، بخلاف الصحيحة ؛ فإن المعتبر جوابها .

السابعة والعشرون : أن السيد يزوج المكاتبة كتابة فاسدة إجباراً ، وفي كون ذلك فسخاً نظر ، **والأرجح** : أنه يكون فسخاً للكتابة ؛ لأن إجبار السيد يكون للقنة دون المكاتبة كتابة صحيحة فيصيرها بذلك كالقنة .

الثامنة والعشرون : أن للسيد منع الزوج من تسليمها نهاراً كالقنة ، بخلاف المكاتبة كتابة صحيحة ؛ فإنها يلزمها تسليم نفسها ليلاً ونهاراً كالحرة .

التاسعة والعشرون : أن السيد يسافر بالمكاتبة كتابة فاسدة ، وله منع الزوج من السفر بها ، بخلاف المكاتبة كتابة صحيحة إذا كان في سفرها مصلحة بها .

الثلاثون : أنه ليس للمكاتبة كتابة فاسدة حبس نفسها لتسليم المهر الحال ، بخلاف الصحيحة .

الحادية والثلاثون : أن للسيد تفويض بضعها وله حبسها للفرض وتسليم المفروض لا لها .

الثانية والثلاثون : أنه إذا زوجها بعبده . . لم يجب المهر بخلاف الصحيحة .

الثالثة والثلاثون : أنه يجوز جعلها صداقاً ، ويكون فسخاً .

الرابعة والثلاثون : إذا كاتبت الزوجة العبد الذي أصدقها الزوج إياه ثم وجد من الفرقة قبل الدخول ما يقتضي رجوع الكل أو النصف إلى الزوج . . فلا يرجع بذلك في الصحيحة ، وعليها غرامة بدله ، ويرجع به في الفاسدة ، ويكون فسخاً للكتابة .

الخامسة والثلاثون : أنه يخالع على المكاتبة كتابة فاسدة ويكون فسخاً ، وفي الرد بالعيب والتحالف والإقالة وغيرها ما سبق .

السادسة والثلاثون : أنها لا يجب لها المهر بوطء سيدها لها ، ولا تعزير عليه ، ويستمر تحريم أختها وعمتها وخالتها في الوطء بملك اليمين وفي عقد النكاح .

السابعة والثلاثون : أن أرش جنايته يتعلق برقبته ابتداء كالقن ، ولا أرش له فيما إذا جنىٰ عليه السيد .

الثامنة والثلاثون : أنه لا يدعي في قتل عبده في محل اللوث ولا غيره ، ولا يقسم ، وذلك يتعلق بالسيد بخلاف المكاتب كتابة صحيحة .

التاسعة والثلاثون : أنه إذا حجر على السيد بالردة ، وقلنا : إنه حجر فلس ـ وهو **الأصح** ـ وماله لا يفي بديونه . . فلبائعه الرجوع فيه ، ولا يمنعه من ذلك الكتابة الفاسدة .

الأربعون : أنه إذا سرقه سارق وهو نائم وكان بحيث لو انتبه لم يقدر علىٰ دفع السارق . . فإنه يثبت الاستيلاء عليه ، **والأرجح** : أنه يقطع ؛ لأنه مال أخذ من حرز ، بخلاف المكاتب كتابة صحيحة ؛ فإنه ليس بمال ، فلا قطع فيه .

الحادية والأربعون : أنه يحنث سيد المكاتب كتابة فاسدة في حلفه أنه لا مال له ولا عبد ، ولو حلف لا يكاتب أو ليكاتبن أو لا يكلم مكاتب فلان . . تعلق البر والحنث بالكتابة الصحيحة دون الفاسدة .

الثانية والأربعون : أنه يكاتبه السيد كتابة صحيحة ويكون فسخاً للفاسدة .

الثالثة والأربعون : في ثبوت العوض في الكتابة الفاسدة في الذمة إذا أمكن ذلك تردد ، فمن نظر إلىٰ معنى المعاوضة . . أثبته في الذمة ، ومن نظر إلىٰ غلبة التعليق . . لم يثبته في الذمة ، وعلىٰ هـٰذا : فتخالف الفاسدة الصحيحة في ذلك ، قال شيخنا : **والأرجح** : ثبوته في الذمة ، ويصح الإبراء منه ، ولكن لا يعتق المكاتب ، ويبطل التعليق ، ولم أر من تعرض لذلك .

الرابعة والأربعون : أنه لا يعتق في الكتابة الفاسدة بأداء غيره عنه تبرعاً إلا إذا فسدت لصدورها مع غير العبد ، فيعتق من صدرت الكتابة معه بمقتضى التعليق .

الخامسة والأربعون : أنه إذا أعتق لا عن جهة الكتابة . . لم يستتبع كسباً ولا ولداً .

السادسة والأربعون : أن له إعتاقه عن الكفارة **على المنصوص** .

السابعة والأربعون : أنه يعتق بأخذ السيد في حال جنونه ، كذا ذكروه ، وقال الرافعي : ينبغي أن لا يعتق ؛ لأنه لم يأخذ من العبد[1] ، قال شيخنا : ويزاد عليه : أن العبد لم يؤده .

الثامنة والأربعون : أن العيب في المدفوع في الكتابة الفاسدة لا يضر ولا يرد به ؛ إذ المرجع إلى القيمة .

التاسعة والأربعون : إذا كاتب عبيداً صفقة كتابة فاسدة وقال : (إذا أديتم إليّ كذا . . فأنتم أحرار) . . لم يعتق واحد منهم بأداء حصته **على الأقيس** .

الخمسون : أنها تنفسخ بموت غير السيد وغير المكاتب ، وهو من جعل القبض منه أو قبضه شرطاً في العتق .

الحادية والخمسون : أن له حمل المكاتب كتابة فاسدة إذا كان كافراً إلىٰ بلاد الحرب .

الثانية والخمسون : أنها لا تستحب إذا طلبها العبد مطلقاً ، بل تحرم إذا طلبها علىٰ عوض محرم .

الثالثة والخمسون : أنه يكتفىٰ في الكتابة الصحيحة بنية قوله : (فإذا أديت إليّ . . فأنت حر) وإن لم يتلفظ به ، بخلاف الفاسدة لا يكتفىٰ فيها بنية ذلك ؛ لأن التعليق لا يصح بالنية ، وإنما صح في الكتابة الصحيحة لغلبة المعاوضة ، ذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال : لم أر من تعرض لذلك ، وهو من النفائس .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٤٨٦) .

وفي « النهاية » : أن قوله : (**فإذا أديت . . فأنت حر**) ليس المقصود منه التعليق على الحقيقة ، إنما هو نطق بمضمون العقد على الغالب ، والغرض إزالة التردد في لفظ الكتابة ؛ ولذلك قد يحصل العتق بغير الأداء ، ويكتفىٰ بالنية من غير لفظ التعليق ، ولو كان التعليق مقصوداً . . لبعد حصوله بالنية . انتهىٰ[(١)] .

الرابعة والخمسون : أنه لو عين في الفاسدة موضعاً للتسليم . . تعين مطلقاً من أجل التعليق ، بخلاف الصحيحة ؛ فإنه إذا أحضره في غير المكان المعين ، فقبضه . . وقع العتق .

الخامسة والخمسون : أنه لو قال السيد : هـٰذا حرام . . لم يؤثر في الفاسدة المشتملة على الحرام بخلاف الصحيحة .

السادسة والخمسون : أن المكاتب لو اشترىٰ في الفاسدة من يعتق علىٰ سيده . . عتق في الحال ، بخلاف الصحيحة لا يعتق فيها إلا إذا رق .

السابعة والخمسون : أنهما يتحالفان في الصحيحة عند الاختلاف ، بخلاف الفاسدة لا تحالف فيها ؛ لأنها جائزة من الجانبين ، فلو اختلفا بعد العتق . . فلا تحالف أيضاً ؛ لثبوت التراجع ، وهـٰذه الصور المزيدة على «الحاوي» ما عدا الثلاث الأول من « تصحيح المنهاج » لشيخنا الإمام البلقيني .

٦٥٢٩ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٩] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٧٠٩] : (**لا بجنون العبد**) أي : لا تنفسخ الفاسدة بجنون العبد ، فلو أفاق وأدىٰ . . عتق ، وثبت التراجع ، قالوا : وكذا لو أخذه السيد في جنونه ، قال الرافعي : وينبغي أن لا يعتق بأخذ السيد هنا بخلاف الصحيحة ؛ لأن المغلب هنا التعليق والصفة هنا أداء العبد ، ولم يوجد[(٢)] .

٦٥٣٠ـ قول « المنهاج » [ص ٥٩٩] : (**ولو ادعىٰ كتابة فأنكر سيده أو وارثه . . صُدِّقا**) لو قال : (صدق المنكر) . . لكان أولىٰ ؛ لأن التثنية لا تناسب مع العطف بأو .

٦٥٣١ـ قوله : (**ولو اختلفا في قدر النجوم أو صفتها . . تحالفا**)[(٣)] لا فرق في ذلك بين الصحيحة والفاسدة ، لكن قوله في تفريع ذلك : (**وإن كان قبضه وقال المكاتب : « بعض المقبوض وديعة » . . عتق ، ورجع هو بما أدىٰ ، والسيد بقيمته**)[(٤)] يقتضي أن كلامه في الصحيحة ؛ لأن التراجع في الفاسدة لا يتوقف علىٰ ذلك ، كذا أورده شيخنا في « تصحيح المنهاج » .

---

(١) نهاية المطلب (١٩/٣٤٥ ، ٣٤٦) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (١٣/٤٨٦) .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٩٩) .

(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥٩٩) .

وقد يقال : لا يلزم من ذكر التراجع في هٰذه الصورة الخاصة نفيه فيما عداها ، ولو كان قال : (**ورجع إن كان كذا**) فجعله شرطاً فيه ؛ لأمكن هٰذا الإيراد ، والله أعلم .

٦٥٣٢ـ قوله في المسألة : (**بل إن لم يتفقا . . فسخ القاضي**)[١] يقتضي تعينه لذلك ، **والأصح** في التحالف : أنه لا يتعين القاضي للفسخ ، بل هما يفسخان أو أحدهما ، وإنما يفسخ الحاكم إذا أصرا على النزاع ولم يفسخا أو التمسا الفسخ ، فلو أعرضا عن الخصومة . . **فالأرجح** : أنه يعرض عنهما إلىٰ أن يطلبا أو أحدهما ذلك ، أو يتفقا علىٰ أمر .

وفي « الروضة » : التحالف في أمور : منها : الكتابة ، وأعقبه بهٰذا التفريع ، ولم يفرق بين الصحيحة والفاسدة[٢] .

٦٥٣٣ـ قوله : (**ولو قال : « كاتبتك وأنا مجنون أو محجور عليّ »**)[٣] أي : بسفه طارىء أو بفلس ، فلو كان لصبىً أو سفه مقارن للبلوغ . . لم يحتج لقوله : (**إن عرف سبق ما ادعاه**)[٤] .

٦٥٣٤ـ قوله : (**ولو مات عن ابنين وعبد فقال : « كاتبني أبوكما » فان أنكرا . . صدقا ، وإن صدقاه . . فمكاتب ، فإن أعتق أحدهما نصيبه . . فالأصح : لا يعتق ، بل يوقف . قلت : بل الأظهر : العتق**)[٥] كان ينبغي أن يقول في الأول : (**الأظهر**) لأن « المحرر » لم يذكر أن الخلاف وجهان وتعبيره بالأصح لا يدل علىٰ ذلك ؛ إذ لا اصطلاح له فيه ، وقوله في زيادته : (**الأظهر**) يدل علىٰ أن الخلاف قولان ، وعبارة « أصل الروضة » : إن نفوذ الإعتاق في نصيب المعتق قطع به الأصحاب ، وإن البغوي قال : مقتضىٰ سياق « المختصر » حصول قولين في عتق نصيبه ، أظهرهما : المنع[٦] .

ومقتضىٰ ذلك أن : يعبر في زيادته هنا بالمذهب ؛ لأن الذي في « المحرر » أجراه علىٰ طريقة البغوي ، فناسبه **الأظهر**[٧] ، والذي في « المنهاج » جارٍ علىٰ قطع الأصحاب ، فناسبه المذهب ، ورجح شيخنا في « تصحيح المنهاج » الوقف ، وقال : لسنا نستند لما قاله البغوي ، بل إلىٰ نصوص الشافعي ، وما يقتضيه كلام أهل الطريقين ، ثم بسط ذلك .

٦٥٣٥ـ قوله تفريعاً على الوقف : (**وإن عجز . . قُوِّم على المعتق إن كان موسرا**)[٨] يفهم اعتبار

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٥٩٩) .
(٢) الروضة (٣/٥٧٦ ، ٥٨١ ، ٥٨٢) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٥٩٩) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٥٩٩) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٦٠٠) .
(٦) الروضة (١٢/٢٤١) ، وانظر « مختصر المزني » (ص ٣٢٤) ، و« التهذيب » (٨/٤٣٥) .
(٧) المحرر (ص ٥٣٠) .
(٨) انظر « المنهاج » (ص ٦٠٠) .

يساره عند إعتاق نصيبه ، وليس كذلك بل العبرة بيساره وقت العجز ؛ لأنه وقت نفوذ ذلك العتق والتقويم فيعتبر حينئذ ، ذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » وقال : في كلامهم ما يقتضي هـٰذا .

٦٥٣٦ـ قول « الحاوي » [ص ٧٠٥] : (**وإن أعتق وارث . . عتق بكتابة الميت ؛ كأن أبرأ أو قبض**) ما ذكره من العتق بكتابة **الميت** فيما إذا قبض أحد الابنين نصيبه مفرع علىٰ صحة القبض ؛ فقد صرح الرافعي بأن صحة العتق في نصيب أحد الشريكين مبني علىٰ صحة القبض ، وهو وجه ضعيف ؛ فقد صرح الرافعي أيضاً بأن قبض أحد الابنين كقبض أحد الشريكين ، إن كان بغير إذنه . . لم يصح ، وإن كان بإذنه . . فقولان ، **أصحهما** : أنه لا يصح أيضاً[1] ، وصرح « الحاوي » قبل ذلك بأنه لا يعتق شيء بقبض أحد الشريكين فقال [ص ٧٠٤] : (**لا شيء بقبض سيد وإن قُدّم**) ، وتبع « الحاوي » في التفريق بينهما الغزالي ؛ فإنه قال : لا يعتق شيء بقبض أحد الشريكين[2] ، بخلاف مسألة الابنين ، وقد تعقبه فيه الرافعي .

٦٥٣٧ـ قول « المنهاج » [ص ٦٠٠] : (**وإن صدقه أحدهما . . فنصيبه مكاتب ، ونصيب المكذب قن ، فإن أعتقه المصدق . . فالمذهب : أنه يقوم عليه إن كان موسراً**) أخرج بإعتاقه : ما إذا أعتق **عليه** بقبض حصته من النجوم أو بإبرائه عنها . . فإنه **لا** يسري ، وإليه أشار « الحاوي » بقوله [ص ٧٠٥] : (**وسرىٰ** ـ أي : العتق ـ **لا هما** ـ أي : الأداء والإبراء ـ **إلىٰ نصيب منكرها**) .

ونازع شيخنا في « تصحيح المنهاج » في السراية فيما إذا أعتقه المصدق ، وقال : نص « الأم » و« المختصر » علىٰ أن نصيب المصدق إذا عتق . . لا يقوم عليه ، وهو يعم عتقه بالقبض والإبراء والإعتاق ، والذي علل به الشافعي : أنه إنما اقر بشيء فعله الأب ، وهـٰذا يعم الصور الثلاث ، ومن شرط السراية : أن يكون ما أعتقه المعتق يثبت له عليه الولاء ، وفي « أصل الروضة » في هـٰذه الصورة طريقان : قال الأكثرون : قولان كما لو صدقاه ، إلا إذا قلنا بالسراية . . ثبت هنا في الحال ، ولا يجيء القول الآخر ؛ لأن صاحبه ينكر الكتابة ، فلا يمكن التوقف إلى العجز[3] ، وصحح الرافعي فيما إذا صدقاه : عدم السراية ، فيكون **الأصح** هنا : أنه لا سراية . انتهىٰ[4] .

وقال في « التوشيح » : قد يستشكل تصحيح السراية من جهة أن نصيب المصدق محكوم في الظاهر بأنه مكاتب ، وهو يزعم أن نصيب شريكه مكاتب أيضاً ، ومقتضىٰ كونه مكاتباً : أن لا يسري ؛ فكيف يلزم المصدق حكم السراية مع كونه لم يعترف بما يوجبها ، قال أبي رحمه الله :

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٤٩٣) .
(٢) انظر « الوجيز » (٢/ ٢٨٦) .
(٣) الروضة (١٢/ ٢٤٤) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٤٩٥) .

والجواب عن هٰذا الإشكال : أن المكذب يزعم أن الكل قن ، ومقتضىٰ ذلك : أن إعتاق شريكه نافذ سارٍ كما لو قال لشريكه في العبد القن : أنت أعتقت نصيبك ، وأنت موسر . . فإنا نؤاخذه ونحكم بالسراية إلىٰ نصيبه ، لكنا هناك لا نلزم شريكه القيمة ؛ لعدم ثبوت إعتاقه بإقراره ولا ببينة ، وهنا لما ثبتت السراية بإقرار المكذب ، وهي من أثر إعتاق المصدق وإعتاقه ثابت . . فهو بإعتاقه متلف لنصيب شريكه بالطريق المذكور ، فيضمن قيمة ما أتلفه ، قال : ويزيد ذلك وضوحاً أنا في العبد المكاتب كله إنما لم نقل بالسراية ؛ لما فيها من إبطال حق الشريك في كتابته ، وهٰذه العلة مفقودة هنا ، فلا محذور في السراية ؛ فلذلك كان **الأصح** : القول بها ، ولا يمكن أن نقول : يسري ولا يغرم . انتهىٰ .

٦٥٣٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٧ ، ١٤٨] : (**وإن حبس السيد المكاتب مدة . . لزمه أجرة المثل في أحد القولين ، وتخليته مثل ذلك المدة في القول الآخر**) **الأصح** : الأول .

٦٥٣٩ـ قوله : (**وإن أسلم عبد لكافر . . أمر بإزالة الملك عنه ، فإن كاتبه . . ففيه قولان ، أحدهما : يجوز ، والثاني : لا يجوز**)[1] **الأصح** : الأول ؛ لأنه بالكتابة كالخارج عن ملكه ، والمراد : الكتابة الصحيحة دون الفاسدة كما تقدم ، والخلاف في « الروضة » وأصلها وجهان[2] .

* * *

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٤٨) .

(٢) فتح العزيز (١٣/ ٤٦٥) ، الروضة (١٢/ ٢٢٣) .

كتاب أمهات الأولاد

٦٥٤٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٨] : (**إذا وطىء جاريته أو جارية يملك بعضها فأولدها . . فالولد حر والجارية أم ولد له**) فيه أمران :

أحدهما : أنه صريح في أن حرية الولد لا تتبعض ، وهو محكي عن العراقيين ، وحكى الرافعي في آخر السير تصحيحه عن القاضي أبي الطيب والماوردي وغيرهما ، **وصححه** في « الشرح الصغير » و« أصل الروضة »[1] ، وحكى الرافعي في أواخر (الكتابة) القول بالتبعيض عن أبي إسحاق ، وأن البغوي قال : إنه أصح[2] ، وجعله في « أصل الروضة » **الأصح**[3] ، **وصححه** الرافعي في الكلام علىٰ دية الجنين ، فقال في الكلام علىٰ وطء أحد الشريكين : هل كل الولد حر أو نصفه ؟ قولان ، **أظهرهما** : الثاني[4] ، وقال في (باب ما يحرم من النكاح) : لو قدر علىٰ نكاح من بعضها حر . . فهل له نكاح الأمة المحضة ؟ تردد فيه الإمام ؛ لأن إرقاق بعض الولد أهون من إرقاق كله[5] .

ثانيهما : محل صيرورة الجارية أم ولد : فيما إذا ملك بعضها إذا كان موسراً بقيمة الباقي ، فإن كان معسراً . . لم يسر الاستيلاد ، بل يختص بنصيبه ، وقد ذكر ذلك « المنهاج » في العتق فقال [ص ٥٨٦] : (**واستيلاد أحد الشريكين الموسر يسري**) .

ويستثنىٰ من إطلاق الثلاثة ثبوت حكم الاستيلاد بإيلاد جاريته مسائل :

إحداها : إذا أولد المبعض جارية ملكها ببعضه الحر . . فحكىٰ شيخنا في « تصحيح المنهاج » في مصيرها أم ولد له قولين ، وأيد كونها لا تصير أم ولد ؛ بأن في « أصل الروضة » أنه لا يثبت الاستيلاد للأب المبعض بالولد المنعقد منه في أمة فرعه ، ثم فرق بينهما بأن الأصل المبعض لا تثبت له شبهة الإعتاق بالنسبة إلىٰ نصفه الرقيق ، ولا كذلك في المبعض في الأمة التي استقل بملكها ، ثم قال : **والأصح** عندنا : أنه يثبت الاستيلاد في أمة المبعض التي ملكها بكسب الحرية ، وبه جزم الماوردي[6] .

الثانية : المكاتب تقدم أن موطوءته لا تصير أم ولد في **الأظهر** .

---

(١) الروضة (١٠/٢٧٢) .

(٢) فتح العزيز (١٣/٥٦٩) .

(٣) الروضة (١٢/٢٩٨) .

(٤) فتح العزيز (١٠/٥١٩) .

(٥) فتح العزيز (٨/٦٢) .

(٦) انظر « مغنى المحتاج » (٤/٥٣٩) .

الثالثة : إذا أولد الراهن المرهونة وهو معسر . . فقد تقدم في الرهن أن **الأظهر** : أنه لا ينفذ الاستيلاد ، فإن لم ينفذه فانفك . . نفذ في **الأصح** .

الرابعة : الجانية التي تعلق برقبتها مال . . لا ينفد استيلاد مالكها لها إذا كان معسراً **على الأصح** .

الخامسة : جارية التركة التي تعلق بها دين إذا استولدها الوارث . . لم ينفذ استيلاده إذا كان معسراً ، ولو رهن جارية ثم مات عن أب فاستولدها الأب . . فقال القفال : لا تصير أم ولد ؛ لأنه خليفته ، فنزل منزلته .

السادسة : الجارية التي نذر مالكها التصدق بها أو بثمنها . . لا ينفد استيلاده لها ؛ لسبق حق النذر ، ذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وأنه أخذه مما إذا نذر قبل الحول التصدق بالنصاب أو ببعضه ومضى الحول قبل التصدق به ، وفيه طريقان :

أحدهما : القطع بمنع وجوب الزكاة .

والثاني : تخرجه على الخلاف في أن الدين هل يمنع الزكاة ؟ .

السابعة : إذا أوصىٰ بإعتاق جارية تخرج من الثلث . . فالملك فيها للوارث ، ومع ذلك فلو استولدها قبل إعتاقها . . لم ينفذ لإفضائه إلىٰ إبطال الوصية ، ذكره شيخنا في « تصحيح المنهاج » أيضاً ، وقال : لم أر من تعرض لذلك .

الثامنة : الصبي الذي استكمل تسع سنين إذا وطىء أمته فولدت لأكثر من ستة أشهر . . لحقه ، قالوا : لكن لا نحكم ببلوغه ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وظاهر كلامهم يقتضي أنه لا يثبت استيلاده ، والذي صوبناه الحكم ببلوغه وثبوت استيلاد أمته ، فعلىٰ كلامهم تستثنىٰ هـٰذه الصورة ، وعلىٰ ما قلناه لا استثناء . انتهىٰ .

ويستثنىٰ من مفهوم كلامهم : جارية المكاتب يثبت الاستيلاد بإيلاد سيده لها ، وجارية الابن بشرطه المتقدم في الكلام علىٰ إعفاف الأب ، وقد ذكر « التنبيه » جارية الابن هنا .

٦٥٤١ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٨] : (**وإن وطىء جاريته فوضعت ما لم يتصور فيه خلق آدمي ، فشهد أربع من القوابل أنه لو ترك كان آدمياً . . ففيه قولان ، أحدهما : أنها تصير أم ولد له ، والثاني : لا تصير**) **الأظهر** : الثاني ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٧١٠] : (**من أتت بظاهر تخطيط** ـ أي : سواء كان ظاهراً لكل أحد أو للقوابل خاصة ـ **علقت من السيد . . عتقت**) و« المنهاج » فقال [ص ٦٠١] : (**أو ما تجب فيه غرة**) ، وقد تقدم في الجنايات أنه لا تجب الغرة في هـٰذا فقال : (**وكذا لحم قال القوابل : « فيه صورة خفية » ، قيل : أو قُلْنَ : « لو بقي . . لتصور »**)[1] وحاصله

---

(١) المنهاج (ص ٤٩٣) .

أن باب الاستيلاد والغرة سواء نصاً وتصحيحاً ، بخلاف الغرة ؛ فإنها تنقضي بذلك .

٦٥٤٢ـ قول « المنهاج » [ص ٦٠١] : **(أو أمة غيره بنكاح)** زاد « التنبيه » [ص ١٤٨] : **(أو زناً)** قالا : **(فالولد رقيق ، ولا تصير أم ولد)** زاد « المنهاج » [ص ٦٠١] : **(إذا ملكها)** يستثنىٰ منه أمران :

أحدهما : إذا غر بحرية أمة فنكحها وأولدها . . فالولد حر[١] ، وفي ثبوت حكم الاستيلاد إذا ملكها القولان في الشبهة .

ثانيهما : إذا نكح حر جارية أجنبي ثم ملكها ابنه أو عبد جارية ابنه ، ثم عتق . . فلا ينفسخ النكاح ، فلو أولدها . . فقال الشيخ أبو محمد : يثبت الاستيلاد وينفسخ النكاح ، ومال إليه الإمام ، ورجحه شيخنا في « تصحيح المنهاج » ، وقال الشيخ أبو حامد والشيخ أبو علي : لا يثبت الاستيلاد .

٦٥٤٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٨] : **(وإن كان بشبهة . . فالولد حر والجارية ليست بأم ولد له في الحال ، فإن ملكها . . ففيه قولان ، أحدهما : أنها تصير أم ولد ، والثاني : لا تصير) الأظهر** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج »[٢] ، وهو مفهوم قول « الحاوي » [ص ٧٠١] : **(من السيد)** .

ويستثنىٰ من الشبهة : ما إذا ظن أنها زوجته الأمة . . فالولد رقيق ولا يثبت الاستيلاد .

٦٥٤٤ـ قولهم : **(وله وطء أم الولد)**[٣] قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : يستثنىٰ منه : المبعض إذا ملك جارية ببعضه الحر واستولدها . . فإنه يثبت الاستيلاد علىٰ **أرجح القولين** ، وليس له وطئها إلا بإذن مالك بعضه ، والتي لم ينفذ فيها الاستيلاد لرهن وضعي أو شرعي أو لجناية . . فإنه يثبت فيها الاستيلاد بالنسبة للمستولد ولا يجوز له وطؤها ، ويمتنع على السيد وطء المكاتبة ولو استولدها ؛ لوجود الكتابة .

٦٥٤٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٨] : **(وفي تزويجها ثلاثة أقوال) الأظهر** : جوازه جبراً بغير إذنها ، وعليه مشى « الحاوي » و« المنهاج »[٤] ، إلا أنه عبر بالأصح ، فاقتضىٰ أن الخلاف أوجه ، وكذا هو في « الروضة » في النكاح ، وهو في « الروضة » وأصلها هنا أقوال كما في « التنبيه »[٥] .

ويستثنىٰ من تزويج المستولدة : الكافر ؛ فليس له تزويجها على الأصح إذا كانت مسلمة[٦] ،

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٩/ ٥٠١) ، و« مغني المحتاج » (٤/ ٥٣٩) .
(٢) المنهاج (ص ٦٠١) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٤٨) ، و« الحاوي » (ص ٧١٠) ، و« المنهاج » (ص ٦٠١) .
(٤) الحاوي (ص ٧١٠) ، المنهاج (ص ٦٠١) .
(٥) الروضة (١٢/ ٣١١) .
(٦) انظر « الروضة » (٧/ ١٠٥) .

واستثنى البغوي منه : أمة المبعض فقال : ليس له تزويجها ، قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : وهو ممنوع ؛ لأن تزويج السيد أمته بالملك ، وهو موجود .

٦٥٤٦ـ قولهم : (**ويحرم بيعها**)[١] يستثنىٰ منه : ما إذا باعها من نفسها . . فإنه يصح على الظاهر كما حكاه في «أصل الروضة» عن القفال ، وأقره[٢] ، وهو مبني علىٰ أنه عقد عتاقة ، وهو **الأصح** .

ومحل المنع أيضاً : ما لم يرتفع الاستيلاد بالسبي ، فإن ارتفع ؛ بأن كانت كافرة وليست مستولدة مسلم ؛ فإذا سُبيت . . صارت قنة وجاز **بيعها** ، وظاهر قرن « التنبيه » و« المنهاج » البيع بالهبة في المنع : أنه حيث حرم بيعها حرمت هبتها ، ويستثنىٰ منه : من يجوز بيعها لعلقة رهن وضعي أو شرعي أو جناية . . فإنه يحرم هبتها ، ولا يحرم بيعها في العلقة المذكورة ، ولو حكم حاكم بجواز بيع أم الولد حيث منع . . ففي « أصل الروضة » هنا عن الروياني ، عن الأصحاب : أنه ينقض ، وعن الإمام وجهان[٣] ، وفي (كتاب القضاء) عن محققين : النقض ، وعن تصحيح الروياني : عدمه[٤] .

٦٥٤٧ـ قول « المنهاج » [ص ٦٠١] : (**ولو ولدت من زوج أو زناً . . فالولد للسيد يعتق بموته كهي**) لو قال : (حكمه حكم أمه) . . لكان أولىٰ ؛ لشموله منع البيع وغيره من الأحكام ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٧١٠] : (**عتقت هي وولدها بعده إن مات ، ولا يبيعهما**) وذكر بقية الأحكام ، وعبارة « الروضة » : له حكم الأم ، فليس للسيد بيعها ، ويعتق بموته وإن ماتت الأم في حياة السيد ، ولو أعتق الأم . . لم يعتق ، بخلاف ولد المكاتبة ؛ فإنه يعتق بعتقها . انتهىٰ[٥] .

ومحل هـٰذا : إذا لم تبع ، فإن بيعت في رهن أو جناية فولدت من زوج أو زناً ثم ملكها المستولد وأولادها . . لم يثبت لهم حكم أمهم **في الأصح**، ذكره في «أصل الروضة» في أواخر الإقرار بالنسب[٦] .

قال شيخنا في « تصحيح المنهاج » : ويجري مثل ذلك في الجانية وجارية التركة المتعلق بها الرهن . انتهىٰ .

واحترز « المنهاج » بقوله : (**من زوج أو زناً**) عن ولدها من السيد ؛ فإنه حر ، لكن يرد على التقييد أنه لو كان من وطء شبهة ظن فيه أنها زوجته الرقيقة . . فإن حكمه كذلك كما تقدم .

٦٥٤٨ـ قول « المنهاج » [ص ٦٠١] : (**وعتق المستولدة من رأس المال**) أحسن من قول

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٤٨) ، و« الحاوي » (ص ٧١٠) ، و« المنهاج » (ص ٦٠١) .
(٢) الروضة (١٢/ ٣١٤) .
(٣) الروضة (١٢/ ٣١٠) .
(٤) الروضة (١١/ ١٥١ ، ١٥٢) .
(٥) الروضة (١٢/ ٣١١) .
(٦) الروضة (٤/ ٤١٩) .

« المحرر » : (وإذا عتقت بموت السيد . . عتقت من رأس المال)[1] ، ومن قول « التنبيه » [ص ١٤٩] : (**وتعتق بموت السيد من رأس المال**) فإنها لو عتقت بإعتاقه في مرض الموت . . كانت من رأس المال أيضاً ، ولا نظر إلىٰ ما فوّته من منافعها التي كان يستحقها إلىٰ موته ، وعبارة « المنهاج » متناولة لهـٰذه الصورة بخلاف عبارتهما .

٦٥٤٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٩] : (**وإن جنت أم الولد . . فداها [المولىٰ]**[2] **بأقل الأمرين من قيمتها أو أرش الجناية ، فإن فداها بقيمتها ثم جنت جناية أخرىٰ . . ففيها قولان ، أحدهما : أنه يفديها في الثانية أيضاً بأقل الأمرين ، والثاني : أنه يشارك المجني عليه ثانياً المجني عليه أولاً فيما أخذ ، ويشتركان فيه علىٰ قدر الجنايتين**) **الأظهر** : الثاني .

٦٥٥٠ـ قوله : (**وإن أسلمت أم ولد لنصراني . . حيل بينه وبينها ، وأنفق عليها إلىٰ أن يموت فتعتق**)[3] لو عبر بقوله : (كافر) . . لكان أعم .

* * *

---

(١) المحرر (ص ٥٣١) .

(٢) في (د) : (السيد) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٤٩) .



خاتمة النسخة (ب)

هٰذا آخر ما جمعه سيدنا ومولانا شيخ الإسلام ، وبقية المجتهدين الأعلام ولي الدين أبو زرعة أحمد بن العراقي الشافعي من « تحرير الفتاوي على التنبيه والمنهاج والحاوي » شكر الله الكريم سعيه علىٰ جمع هٰذه العلوم الباهرة والمحاسن الظاهرة والخيرات المتكاثرة ، أمتعنا الله بعلومه في الدنيا والآخرة ، وجمعنا عليه بدار الكرامة في الآخرة . وكان الفراغ من كتابته في السادس عشر من جماد الأول سنة ثمانين وثمان مئة ، علقه لنفسه فقير رحمة ربه العبد المعترف بالتقصير ، الراجي من عفو ربه الكريم وشفاعة سيد المرسلين ما يعين على العفو والمسامحة برضا الكريم بشفاعة الحبيب صلى الله عليه وعلىٰ آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً : عبيد بن محمد بن إبراهيم بن عبد المحسن بن الفقيه محمد ، الهيني مولداً ، الشافعي مذهباً ، الشبني نسباً ، غفر الله له ولوالديه ولأولاده ولإخوانه وأخواته ولمشايخه ولمشايخ مشايخه ولأقرانهم ولطلبتهم ولجميع المسلمين . آمين آمين آمين . والحمد لله رب العالمين ، وصلى الله علىٰ سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين وتابعيهم بإحسان إلىٰ يوم الدين ، وحسبنا الله ونعم الوكيل .

خاتمة النسخة (ج)

هٰذا آخر ما تيسر تعليقه علىٰ هٰذه المؤلفات النافعة ، نفع الله به جامعه ومطالعه ، وجعله جُنة للعذاب دافعه ، ونختم بما بدأنا به من الحمد لله والصلاة والسلام علىٰ رسوله محمد وآله وصحبه أجمعين . وفيت هٰذه النسخة من نسخة الشيخ الخفاجي بآخر المحرم ، والله أعلم .

خاتمة النسخة (د)

هٰذا آخر ما تيسر تعليقه علىٰ هٰذه المؤلفات النافعة ، نفع الله به جامعه ومطالعه ، وجعله جُنة للعذاب دافعه ، ونختم بما بدأنا به من الحمد لله والصلاة والسلام علىٰ رسوله محمد وآله وصحبه أجمعين . وكان الفراغ من كتابته عشية الجمعة الثامن من شوال سنة سبع عشرة وثماني مائة ، بيد مؤلفه الفقير إلىٰ رحمة ربه أحمد بن عبد الرحيم بن العراقي الشافعي ، لطف الله به وبوالديه ومشايخه آمين ، كذا في الأصل المنقول منه هٰذه النسخة إلا أوائلها وبعض مواضع منها في أثنائها . وكان الفراغ منها في عاشر شهر شعبان الكريم سنة إحدىٰ وثمانين وثماني مئة علىٰ يد كاتبها الفقير إلى الله تعالىٰ محمد بن محمد أبي بكر بن خالد البلبيسي والده شهرة ، غفر الله له ولمن كتبت له ولوالديهما ولمن دعا لهم بالمغفرة والمسلمين . آمين .

* * *



أهمّ مصادر ومراجع التحقيق

- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، تأليف : تقي الدين أبي الفتح ، دار النشر : دار الكتب العلمية ـ بيروت .
- الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، تأليف : أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي . تحقيق : الدكتور أحمد مبارك البغدادي ، جامعة الكويت ـ قسم العلوم السياسية ، دار النشر : مكتبة دار ابن قتيبة ـ الكويت ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤٠٩ هـ ـ ١٩٨٩ م .
- الإحكام في أصول الأحكام ، تأليف : علي بن أحمد بن حزم الأندلسي أبو محمد ، دار النشر : دار الحديث ـ القاهرة ـ ١٤٠٤ ، الطبعة : الأولىٰ .
- الإحكام في أصول الأحكام ، تأليف : علي بن محمد الآمدي أبو الحسن ، دار النشر : دار الكتاب العربي ـ بيروت ـ ١٤٠٤ ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : د . سيد الجميلي .
- إحياء علوم الدين ، تأليف : محمد بن محمد الغزالي أبو حامد ، دار النشر : دار المعرفة ـ بيروت .
- أخبار مكة وما جاء فيها من الآثار ، تأليف : أبو الوليد محمد بن عبد الله بن أحمد الأزرقي ، دار النشر : دار الأندلس للنشر ـ بيروت ـ ١٩٩٦م ـ ١٤١٦هـ ، تحقيق : رشدي الصالح ملحس .
- الأذكار المنتخبة من كلام سيد الأبرار ، تأليف : الإمام النووي ، دار النشر : دار الكتب العربي ـ بيروت ـ ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م .
- الاستيعاب في معرفة الأصحاب ، تأليف : يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر ، دار النشر : دار الجيل ـ بيروت ـ ١٤١٢ ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : علي محمد البجاوي .
- أسنى المطالب في شرح روض الطالب ، تأليف : زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري أبو يحيىٰ ، دار النشر : دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤٢٢ هـ ـ ٢٠٠٠ م .

- الإشراف علىٰ مذاهب العلماء ، تأليف : أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر . تحقيق : د . أبو حماد صغير أحمد الأنصاري ، دار النشر : مكتبة مكة الثقافية ـ رأس الخيمة ـ الإمارات العربية المتحدة ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤٢٥ هـ ـ ٢٠٠٤ م .
- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، تأليف : محمد الشربيني الخطيب ، دار النشر : دار الفكر ـ بيروت ـ ١٤١٥ ، تحقيق : مكتب البحوث والدراسات ـ دار الفكر .
- الأم ، تأليف : محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله ، دار النشر : دار المعرفة ـ بيروت ـ ١٣٩٣ ، الطبعة : الثانية .
- الإيضاح في المناسك ، تأليف : الشيخ محيي الدين النووي الشافعي ، دار النشر : دار الكتب العلمية ـ بيروت ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤٠٥ هـ ـ ١٩٨٥ م .
- البحر المحيط ، تأليف : محمد بن يوسف الشهير بأبي حيان الأندلسي ، دار النشر : دار الكتب العلمية ـ لبنان/ بيروت ـ ١٤٢٢هـ ـ٢٠٠١م ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : الشيخ عادل أحمد عبد الموجود ـ الشيخ علي محمد معوض ، شارك في التحقيق ١) د . زكريا عبد المجيد النوقي ٢) د . أحمد النجولي الجمل .
- بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي ، تأليف : الشيخ الإمام أبي المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الروياني . حققه وعلق عليه : أحمد عزو عناية الدمشقي ، دار النشر : دار إحياء التراث العربي ـ بيروت ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤٢٣ هـ ـ ٢٠٠٢ م .
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، تأليف : علاء الدين الكاساني ، دار النشر : دار الكتاب العربي ـ بيروت ـ ١٩٨٢ ، الطبعة : الثانية .
- البرهان في أصول الفقه ، تأليف : عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعالي ، دار النشر : الوفاء ـ المنصورة ـ مصر ـ ١٤١٨ ، الطبعة : الرابعة ، تحقيق : د . عبد العظيم محمود الديب .
- بهجة الحاوي (البهجة الوردية) ، تأليف : زين الدين أبي حفص عمر بن الوردي ، دار النشر : دار إحياء الكتب العربية .
- بيان غرض المحتاج إلىٰ كتاب المنهاج ، تأليف : برهان الدين إبراهيم بن شيخ الإسلام تاج الدين فركاح الفزاري . مخطوط ، رقم النسخة : خاص : ٤٠٩ ، عام : ٣١١٢ ، عدد الأوراق : ٣٦ ، مصدر المخطوط : المكتبة الأزهرية .

ـ البيان في مذهب الإمام الشافعي ، تأليف : أبي الحسن يحيى بن أبي الخير سالم العمراني . اعتنىٰ به : قاسم محمد النوري ، دارا لنشر : دار المنهاج ، الطبعة الثانية ، ١٤٢٨ هـ ، ٢٠٠٧ م .

ـ التاج والإكليل لمختصر خليل ، تأليف : محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله ، دار النشر : دار الفكر ـ بيروت ـ ١٣٩٨ ، الطبعة : الثانية .

ـ التبصرة في أصول الفقه ، تأليف : إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي أبو إسحاق ، دار النشر : دار الفكر ـ دمشق ـ ١٤٠٣ ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : د . محمد حسن هيتو .

ـ التبصرة في ترتيب أبواب للتمييز بين الاحتياط والوسوسة علىٰ مذهب الإمام الشافعي ، تأليف : أبي محمد عبد الله بن يوسف الجويني . تحقيق ودراسة : محمد بن عبد العزيز بن عبد الله السديس ، دار النشر : مؤسسة قرطبة ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤١٣ هـ ـ ١٩٩٣ م .

ـ التبيان في آداب حملة القرآن ، تأليف : أبو زكريا يحيى بن شرف الدين النووي ، دار النشر : الوكالة العامة للتوزيع ـ دمشق ـ ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م ، الطبعة : الأولىٰ .

ـ التحبير شرح التحرير في أصول الفقه ، تأليف : علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي ، دار النشر : مكتبة الرشد ـ السعودية / الرياض ـ ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : د . عبد الرحمـٰن الجبرين ، د . عوض القرني ، د . أحمد السراح .

ـ تحرير ألفاظ التنبيه (لغة الفقه) ، تأليف : يحيى بن شرف بن مري النووي أبو زكريا ، دار النشر : دار القلم ـ دمشق ـ ١٤٠٨ ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : عبد الغني الدقر .

ـ التحرير في فروع الفقه الشافعي ، تأليف : القاضي أبي العباس أحمد بن محمد بن أحمد الجرجاني . تحقيق : محمد حسن محمد حسن إسماعيل ، دار النشر : دار الكتب العلمية ـ بيروت ، الطبعة الأولىٰ ، ٢٠٠٨ هـ .

ـ التحقيق ، تأليف : الإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي . تحقيق : الشيخ عادل عبد الموجود ، والشيخ علي معوض ، دار النشر : دار الجيل ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤١٣ هـ ـ ١٩٩٢ م .

ـ تذكرة النبيه في تصحيح التنبيه ، تأليف : الإمام الشيخ عبد الرحيم بن الحسين الإسنوي . ضبط وتحقيق وتعليق : الدكتور محمد عقلة الإبراهيم الأستاذ المشارك بكلية الشريعة الجامعة الأردنية ، دار النشر : مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤١٧ هـ ـ ١٩٩٦ م .

ـ التذنيب في الفروع ، تأليف : شيخ الإسلام عبد الكريم بن محمد الرافعي ، تحقيق وتعليق : أحمد فريد المزيدي ، جاء ملحقاً بكتاب الوجيز للغزالي ، دار النشر : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤٢٥ هـ ـ ٢٠٠٤ م .

ـ تصحيح التنبيه ، تأليف : الإمام الفقيه أبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي . ضبط وتحقيق وتعليق : الدكتور محمد عقلة الإبراهيم الأستاذ المشارك بكلية الشريعة الجامعة الأردنية ، دار النشر : مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤١٧ هـ ـ ١٩٩٦ م .

ـ تعليقة موجزة على الوسيط ، تأليف : الإمام إبراهيم بن عبد الله بن أبي الدم . حققه وعلق عليه : احمد محمود إبراهيم ، مطبوع بهامش الوسيط ، دار النشر : دار السلام ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤١٧ هـ ـ ١٩٩٧ م .

ـ تفسير البغوي ، تأليف : البغوي ، دار النشر : دار المعرفة ـ بيروت ، تحقيق : خالد عبد الرحمـٰن العك .

ـ التلخيص ، تأليف : أبو العباس أحمد بن أبي أحمد محمد بن يعقوب الطبري المعروف بابن القاص . تحقيق : عادل عبد الموجود ، عليٰ معوض ، دار النشر : مكتبة نزار مصطفى الباز ، الطبعة الثانية ، ١٤٢١ هـ ـ ٢٠٠٠ م .

ـ تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير ، تأليف : أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني ـ المدينة المنورة ـ ١٣٨٤ ـ ١٩٦٤ ، تحقيق : السيد عبد الله هاشم اليماني المدني .

ـ التنبيه في الفقه الشافعي ، تأليف : إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي أبو إسحاق ، دار النشر : عالم الكتب ـ بيروت ـ ١٤٠٣ ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : عماد الدين أحمد حيدر .

ـ التنقيح في شرح الوسيط ، تأليف : الإمام محيي الدين يحيى بن شرف النووي . حققه وعلق عليه : أحمد محمود إبراهيم ، مطبوع بهامش الوسيط ، دار النشر : دار السلام ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤١٧ هـ ـ ١٩٩٧ م .

- تهذيب الأسماء واللغات ، تأليف : محي الدين بن شرف النووي ، دار النشر : دار الفكر - بيروت - ١٩٩٦ م ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : مكتب البحوث والدراسات .

- تهذيب اللغة ، تأليف : أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري ، دار النشر : دار إحياء التراث العربي - بيروت - ٢٠٠١م ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : محمد عوض مرعب .

- التهذيب في فقه الإمام الشافعي ، تأليف : الإمام أبي محمد الحسين بن مسعود البغوي . تحقيق : الشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، الشيخ علي محمد معوض ، دار النشر : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م .

- جامع البيان عن تأويل آي القرآن (تفسير الطبري) ، تأليف : محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري أبو جعفر ، دار النشر : دار الفكر - بيروت - ١٤٠٥ .

- الجامع الصحيح المختصر ، تأليف : محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي ، دار النشر : دار ابن كثير ، اليمامة - بيروت - ١٤٠٧ - ١٩٨٧ ، الطبعة : الثالثة ، تحقيق : د . مصطفىٰ ديب البغا .

- جماع العلم ، تأليف : محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله ، دار النشر : دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤٠٥هـ ، الطبعة : الأولىٰ .

- الجمع والفرق (الفروق) ، تأليف : أبي محمد عبد الله بن يوسف الجويني . تحقيق ودراسة : عبد الرحم بن سلامة بن عبد الله المزيني ، دار النشر : دار الجيل ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م .

- حاشية البجيرمي علىٰ شرح منهج الطلاب (التجريد لنفع العبيد) ، تأليف : سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي ، دار النشر : المكتبة الإسلامية - ديار بكر - تركيا .

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، تأليف : محمد عرفه الدسوقي ، دار النشر : دار الفكر - بيروت ، تحقيق : محمد عليش .

- حاشية عميرة ، تأليف : شهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة ، دار النشر : دار الفكر - لبنان / بيروت - ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : مكتب البحوث والدراسات .

- حاشية قليوبي علىٰ شرح جلال الدين المحلي علىٰ منهاج الطالبين ، تأليف : شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي ، دار النشر : دار الفكر ـ لبنان / بيروت ـ ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٨م ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : مكتب البحوث والدراسات .

- الحاوي الصغير ، تأليف : نجم الدين عبد الغفار بن عبد الكريم القزويني . دراسة وتحقيق : د . صالح بن محمد بن إبراهيم اليابس ، دار النشر : دار ابن الجوزي ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤٣٠ هـ .

- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني ، تأليف : علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي ، دار النشر : دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ لبنان ـ ١٤١٩ هـ ـ ١٩٩٩ م ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : الشيخ علي محمد معوض ـ الشيخ عادل أحمد عبد الموجود .

- الحجة علىٰ أهل المدينة ، تأليف : محمد بن الحسن الشيباني أبو عبد الله ، دار النشر : عالم الكتب ـ بيروت ـ ١٤٠٣ ، الطبعة : الثالثة ، تحقيق : مهدي حسن الكيلاني القادري .

- حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ، تأليف : سيف الدين أبي بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال . تحقيق : د . ياسين أحمد إبراهيم درادكة . دار النشر : مكتبة نزار مصطفى الباز ، مكة ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤١٧ هـ ـ ١٩٩٧ م .

- حواشي الشرواني علىٰ تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، تأليف : عبد الحميد الشرواني ، دار النشر : دار الفكر ـ بيروت .

- الخلاصة المسمىٰ خلاصة المختصر ونقاوة المعتصر ، تأليف : الإمام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي . تحقيق : أمجد رشيد محمد علي ، دار النشر : دار المنهاج ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤٢٨ هـ ـ ٢٠٧٧ م .

- دقائق المنهاج ، تأليف : محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، دار النشر : دار ابن حزم ـ بيروت ـ ١٩٩٦ ، تحقيق : إياد أحمد الغوج .

- الرسالة ، تأليف : محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي ـ القاهرة ـ ١٣٥٨ ـ ١٩٣٩ ، تحقيق : أحمد محمد شاكر .

ـ روضة الطالبين وعمدة المفتين ، تأليف : النووي ، دار النشر : المكتب الإسلامي ـ بيروت ـ ١٤٠٥ ، الطبعة : الثانية .

ـ رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين ، تأليف : أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ، دار النشر : دار الفكر ـ بيروت ـ ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م ، الطبعة : الثالثة .

ـ السراج علىٰ نكت المنهاج ، تأليف : شهاب الدين أحمد بن لؤلؤ بن النقيب . تحقيق : أبو الفضل الدمياطي أحمد بن علي ، دار النشر : مكتبة الرشد ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤٢٨ هـ ـ ٢٠٠٧ م .

ـ سنن ابن ماجه ، تأليف : محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني ، دار النشر : دار الفكر ـ بيروت ـ ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي .

ـ سنن أبي داوود ، تأليف : سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي ، دار النشر : دار الفكر ـ ، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد .

ـ سنن البيهقي الكبرىٰ ، تأليف : أحمد بن الحسين بن علي بن موسىٰ أبو بكر البيهقي ، دار النشر : مكتبة دار الباز ـ مكة المكرمة ـ ١٤١٤ ـ ١٩٩٤ ، تحقيق : محمد عبد القادر عطا .

ـ سنن الترمذي ، تأليف : محمد بن عيسىٰ أبو عيسى الترمذي السلمي ، دار النشر : دار إحياء التراث العربي ـ بيروت ـ ، تحقيق : أحمد محمد شاكر وآخرون .

ـ سنن الدارقطني ، تأليف : علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي ، دار النشر : دار المعرفة ـ بيروت ـ ١٣٨٦ ـ ١٩٦٦ ، تحقيق : السيد عبد الله هاشم يماني المدني .

ـ سنن الدارمي ، تأليف : عبد الله بن عبد الرحمـٰن أبو محمد الدارمي ، دار النشر : دار الكتاب العربي ـ بيروت ـ ١٤٠٧ ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : فواز أحمد زمرلي ، خالد السبع العلمي .

ـ السيف المسلول علىٰ من سب الرسول صلى الله عليه وسلم ، تأليف : تقي الدين السبكي ، دار النشر : دار الفتح ـ عمان ـ الأردن ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤٢١ هـ ـ ٢٠٠٠ م .

ـ شرح السنة ، تأليف : الحسين بن مسعود البغوي ، دار النشر : المكتب الإسلامي ـ دمشق بيروت ـ ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م ، الطبعة : الثانية ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط ـ محمد زهير الشاويش .

- شرح النووي علىٰ مسلم ، تأليف : أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي ، دار النشر : دار إحياء التراث العربي ـ بيروت ـ ١٣٩٢ ، الطبعة : الطبعة الثانية .

- شرح مشكل الآثار ، تأليف : أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي ، دار النشر : مؤسسة الرسالة ـ لبنان/ بيروت ـ ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٧م ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط .

- شرح مشكل الوسيط ، تأليف : الإمام أبي عمرو عثمان بن الصلاح . حققه وعلق عليه : أحمد محمود إبراهيم ، مطبوع بهامش الوسيط ، دار النشر : دار السلام ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤١٧ هـ ـ ١٩٩٧ م .

- شرح مشكلات الوسيط ، تأليف : الإمام موفق الدين حمزة بن يوسف الحموي . حققه وعلق عليه : أحمد محمود إبراهيم ، مطبوع بهامش الوسيط ، دار النشر : دار السلام ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤١٧ هـ ـ ١٩٩٧ م .

- شرح معاني الآثار ، تأليف : أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة أبو جعفر الطحاوي ، دار النشر : دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ ١٣٩٩ ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : محمد زهري النجار .

- شعب الإيمان ، تأليف : أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي ، دار النشر : دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ ١٤١٠ ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : محمد السعيد بسيوني زغلول .

- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، تأليف : إسماعيل بن حماد الجوهري . تحقيق : أحمد عبد الغفور عطار . الناشر : دار العلم للملايين ، بيروت ، الطبعة الرابعة ، ١٤٠٧ ه ـ ١٩٨٧ م .

- صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان ، تأليف : محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي ، دار النشر : مؤسسة الرسالة ـ بيروت ـ ١٤١٤ ـ ١٩٩٣ ، الطبعة : الثانية ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط .

- صحيح ابن خزيمة ، تأليف : محمد بن إسحاق بن خزيمة أبو بكر السلمي النيسابوري ، دار النشر : المكتب الإسلامي ـ بيروت ـ ١٣٩٠ ـ ١٩٧٠ ، تحقيق : د . محمد مصطفى الأعظمي .

- صحيح مسلم ، تأليف : مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري ، دار النشر : دار إحياء التراث العربي ـ بيروت ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي .
- العين ، تأليف : الخليل بن أحمد الفراهيدي ، دار النشر : دار ومكتبة الهلال ، تحقيق : د مهدي المخزومي / د إبراهيم السامرائي .
- غاية الإحكام في أحاديث الأحكام ، تأليف : الإمام محب الدين أبي جعفر أحمد بن عبد الله الطبري . تحقيق : الدكتور حمزة أحمد الزين ، دار النشر : دار الكتب العلمية ـ بيروت ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤٢٤ هـ ـ ٢٠٠٤ م .
- غريب الحديث ، تأليف : أحمد بن محمد بن إبراهيم الخطابي البستي أبو سليمان ، دار النشر : جامعة أم القرىٰ ـ مكة المكرمة ـ ١٤٠٢ ، تحقيق : عبد الكريم إبراهيم العزباوي .
- فتاوى ابن الصلاح ، تأليف : عثمان بن عبد الرحمـٰن بن عثمان الشهرزوري أبو عمرو ، دار النشر : مكتبة العلوم والحكم ، عالم الكتب ـ بيروت ـ ١٤٠٧ ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : د . موفق عبد الله عبد القادر .
- فتاوى الإمام الغزالي . حققه وقدم له وعلق عليه : مصطفىٰ محمود أبو صوي ، دار النشر : المعهد العالي العالمي للفكر والحضارة الإسلامية كوالا لمبور ، ١٩٩٦ م .
- فتاوى الإمام النووي ، ترتيب تلميذه : الشيخ علاء الدين بن العطار . اعتنىٰ به : الشيخ أحمد حسن جابر ، دار النشر : المكتب الإسلامي لإحياء التراث ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤٢٥ هـ ـ ٢٠٠٤ م .
- فتاوى السبكي ، تأليف : الإمام أبي الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي ، دار النشر : دار المعرفة ـ لبنان/ بيروت .
- الفتاوى الفقهية الكبرىٰ ، تأليف : ابن حجر الهيتمي ، دار النشر : دار الفكر .
- فتح الباري شرح صحيح البخاري ، تأليف : أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي ، دار النشر : دار المعرفة ـ بيروت ، تحقيق : محب الدين الخطيب .
- فتح العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ، تأليف : الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني . تحقيق وتعليق : الشيخ علي محمد معوض ،

والشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، دار النشر : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤١٧ هـ ـ ١٩٩٧ م .

ـ فقه اللغة وأسرار العربية ، تأليف : الإمام أبي منصور عبد الملك بن محمد بن إسماعيل الثعالبي . ضبطه وعلق حواشيه : الدكتور ياسين الأيوبي ، دار النشر : المكتبة العصرية ـ صيدا ـ بيروت ، الطبعة الثانية ، ١٤٢٠ هـ ـ ٢٠٠٠م .

ـ الفوائد في اختصار المقاصد (القواعد الصغرىٰ) ، تأليف : عبد العزيز بن عبد السلام السلمي ، دار النشر : دار الفكر المعاصر ، دار الفكر ـ دمشق ـ ١٤١٦ ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : إياد خالد الطباع .

ـ قضاء الأرب في أسئلة حلب (الحلبيات) ، تأليف : تقي الدين السبكي الكبير . تحقيق : محمد عالم عبد المجيد الأفغاني ، دار النشر : المكتبة التجارية ـ مكة المكرمة ، مصطفىٰ أحمد الباز ، ١٤١٣ هـ .

ـ قواعد الأحكام في إصلاح الأنام (القواعد الكبرىٰ) ، تأليف : أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام . تحقيق : الدكتور نزيه كمال حماد ، الدكتور عثمان جمعة ضميرية ، دار النشر : دار القلم ـ دمشق ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤٢١ هـ ـ ٢٠٠٠ م .

ـ الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار ، تأليف : أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي ، دار النشر : مكتبة الرشد ـ الرياض ـ ١٤٠٩ ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : كمال يوسف الحوت .

ـ كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث علىٰ ألسنة الناس ، تأليف : إسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي ، دار النشر : مؤسسة الرسالة ـ بيروت ـ ١٤٠٥ ، الطبعة : الرابعة ، تحقيق : أحمد القلاش .

ـ الكشف والبيان ، تأليف : أبو إسحاق أحمد بن محمد بن إبراهيم الثعلبي النيسابوري . تحقيق : الإمام أبي محمد بن عاشور ، دار النشر : دار إحياء التراث العربي ـ بيروت ـ لبنان ـ الطبعة الأولىٰ ، ١٤٢٢ هـ ـ ٢٠٠٢ م .

ـ اللباب في الفقه الشافعي ، تأليف : أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد الضبي المحاملي . دراسة وتحقيق : عبد الكريم بن صنيتان العمري ، دار النشر : دار البخاري ، المدينة المنورة ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤١٦هـ .

ـ لسان العرب ، تأليف : محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري . دار النشر : دار صادر . بيروت . الطبعة الأولىٰ .

ـ لسان الميزان ، تأليف : أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي ، دار النشر : مؤسسة الأعلمي للمطبوعات ـ بيروت ـ ١٤٠٦ ـ ١٩٨٦ ، الطبعة : الثالثة ، تحقيق : دائرة المعرف النظامية ـ الهند .

ـ المجتبىٰ من السنن ، تأليف : أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمـٰن النسائي ، دار النشر : مكتب المطبوعات الإسلامية ـ حلب ـ ١٤٠٦ ـ ١٩٨٦ ، الطبعة : الثانية ، تحقيق : عبد الفتاح أبو غدة .

ـ المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين ، تأليف : الإمام محمد بن حيان بن أحمد بن أبي حاتم التميمي البستي ، دار النشر : دار الوعي ـ حلب ـ ١٣٩٦هـ ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : محمود إبراهيم زايد .

ـ المجموع ، تأليف : النووي ، دار النشر : دار الفكر ـ بيروت ـ ١٩٩٧م .

ـ محاسن الشريعة (المستظهري) ، تأليف : الإمام محمد بن علي بن إسماعيل المعروف بالقفال الشاشي الكبير . تحقيق : علي إبراهيم مصطفىٰ ، دار النشر : الفاروق الحديثة للطباعة والنشر ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤٢٩ هـ ـ ٢٠٠٨ م .

ـ المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز ، تأليف : أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عطية الأندلسي ، دار النشر : دار الكتب العلمية ـ لبنان ـ ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٣م ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : عبد السلام عبد الشافي محمد .

ـ المحرر في فقه الإمام الشافعي ، تأليف : الإمام عبد الكريم بن محمد القزويني الرافعي . تحقيق : محمد حسن محمد حسن إسماعيل ، دار النشر : دار الكتب العلمية ـ بيروت ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤٢٦ هـ ـ ٢٠٠٥ م .

ـ المحكم والمحيط الأعظم ، تأليف : أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي ، دار النشر : دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ ٢٠٠٠م ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : عبد الحميد هنداوي .

ـ المحلىٰ ، تأليف : علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد ، دار النشر : دار الآفاق الجديدة ـ بيروت ، تحقيق : لجنة إحياء التراث العربي .

- مختار الصحاح ، تأليف : محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، دار النشر : مكتبة لبنان ناشرون ـ بيروت ـ ١٤١٥ ـ ١٩٩٥ ، الطبعة : طبعة جديدة ، تحقيق : محمود خاطر .
- مختصر المزني ، مطبوع مع الأم ، دار النشر : دار المعرفة ـ بيروت ـ ١٣٩٣ ، الطبعة : الثانية .
- المدونة الكبرىٰ ، تأليف : مالك بن أنس ، دار النشر : دار صادر ـ بيروت .
- المستدرك على الصحيحين ، تأليف : محمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاكم النيسابوري ، دار النشر : دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ ١٤١١هـ ـ ١٩٩٠م ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : مصطفىٰ عبد القادر عطا .
- المستصفىٰ في علم الأصول ، تأليف : محمد بن محمد الغزالي أبو حامد ، دار النشر : دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ ١٤١٣ ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : محمد عبد السلام عبد الشافي .
- مسند الإمام أحمد بن حنبل ، تأليف : أحمد بن حنبل أبو عبدالله الشيباني ، دار النشر : مؤسسة قرطبة ـ مصر .
- مسند الشافعي ، تأليف : محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي ، دار النشر : دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ .
- مسند الشاميين ، تأليف : سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني ، دار النشر : مؤسسة الرسالة ـ بيروت ـ ١٤٠٥ ـ ١٩٨٤ ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : حمدي بن عبد المجيد السلفي .
- مشارق الأنوار علىٰ صحاح الآثار ، تأليف : القاضي أبي الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي السبتي المالكي ، دار النشر : المكتبة العتيقة ودار التراث .
- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ، تأليف : أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي ، دار النشر : المكتبة العلمية ـ بيروت .
- المصنف ، تأليف : أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، دار النشر : المكتب الإسلامي ـ بيروت ـ ١٤٠٣ ، الطبعة : الثانية ، تحقيق : حبيب الرحمـٰن الأعظمي .

- المعجم الأوسط ، تأليف : أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني ، دار النشر : دار الحرمين - القاهرة - ١٤١٥ ، تحقيق : طارق بن عوض الله بن محمد ،عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني .
- المعجم الصغير (الروض الداني) ، تأليف : سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني ، دار النشر : المكتب الإسلامي ، دار عمار - بيروت ، عمان - ١٤٠٥ - ١٩٨٥ ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : محمد شكور محمود الحاج أمرير .
- المعجم الكبير ، تأليف : سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني ، دار النشر : مكتبة الزهراء - الموصل - ١٤٠٤ - ١٩٨٣ ، الطبعة : الثانية ، تحقيق : حمدي بن عبد المجيد السلفي .
- المعجم الوسيط (١ ، ٢) ، تأليف : إبراهيم مصطفىٰ / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار ، دار النشر : دار الدعوة ، تحقيق : مجمع اللغة العربية .
- معجم لغة الفقهاء : محمد قلعجي . دار النفائس ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .
- معرفة السنن والآثار عن الإمام أبي عبد الله محمد بن أدريس الشافعي ، تأليف : الحافظ الإمام أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسىٰ أبو أحمد . البيهقي . الخسروجردي ، دار النشر : دار الكتب العلمية - لبنان/ بيروت - بدون ، الطبعة : بدون ، تحقيق : سيد كسروي حسن .
- مغني المحتاج إلىٰ معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، تأليف : محمد الخطيب الشربيني ، دار النشر : دار الفكر - بيروت .
- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، تأليف : عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد ، دار النشر : دار الفكر - بيروت - ١٤٠٥ ، الطبعة : الأولىٰ .
- مقدمة ابن الصلاح ، تأليف : أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمـٰن الشهرزوري ، دار النشر : دار الفكر المعاصر - بيروت - ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م ، تحقيق : نور الدين عتر .
- مناقب الشافعي ، تأليف : أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي . تحقيق : الشيخ السيد أحمد صقر ، دار النشر : مكتبة دار التراث ، الطبعة الأولىٰ ، ١٣٩٠ هـ - ١٩٧٠ م .

- منح الجليل شرح علىٰ مختصر سيد خليل . ، تأليف : محمد عليش . ، دار النشر : دار الفكر - بيروت - ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م .

- المنخول في تعليقات الأصول ، تأليف : محمد بن محمد بن محمد الغزالي أبو حامد ، دار النشر : دار الفكر - دمشق - ١٤٠٠ ، الطبعة : الثانية ، تحقيق : د . محمد حسن هيتو .

- منهاج الطالبين وعمدة المفتين ، تأليف : محيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، دار النشر : دار المنهاج ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤٢٦ - ٢٠٠٥ م .

- المهذب في فقه الإمام الشافعي ، تأليف : إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق ، دار النشر : دار الفكر - بيروت .

- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، تأليف : محمد بن عبد الرحمـٰن المغربي أبو عبد الله ، دار النشر : دار الفكر - بيروت - ١٣٩٨ ، الطبعة : الثانية .

- موطأ الإمام مالك ، تأليف : مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي ، دار النشر : دار إحياء التراث العربي - مصر - - ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي .

- ميزان الاعتدال في نقد الرجال ، تأليف : شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي ، دار النشر : دار الكتب العلمية - بيروت - ١٩٩٥ ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود .

- نصب الراية لأحاديث الهداية ، تأليف : عبد الله بن يوسف أبو محمد الحنفي الزيلعي ، دار النشر : دار الحديث - مصر - ١٣٥٧ ، تحقيق : محمد يوسف البنوري .

- نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه ، تأليف : كمال الدين أبو العباس أحمد بن عمر بن أحمد بن مهدي المدلجي النشائي . مخطوط ، رقم النسخة : خاص : ١٢٦ ، عام : ١٢٠٨ ، عدد الأوراق : ٢٠٠ ، مصدر المخطوط : المكتبة الأزهرية .

- نهاية المحتاج إلىٰ شرح المنهاج ، تأليف : شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير ، دار النشر : دار الفكر للطباعة - بيروت ، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م .

- نهاية المطلب في دراية المذهب ، تأليف : إمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف

الجويني . تحقيق : أ . د . عبد العظيم محمود الديب ، دار النشر : دار المنهاج ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤٢٨ هـ ـ ٢٠٠٧ م .

ـ الهداية شرح بداية المبتدي ، تأليف : أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغياني ، دار النشر : المكتبة الإسلامية .

ـ الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي ، تأليف : حجة الإسلام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي . تحقيق : علي معوض ، عادل عبد الموجود ، دار النشر : دار الأرقم ـ بيروت ، الطبعة الأولىٰ ، ١٤١٨ هـ ـ ١٩٩٧ م .

ـ الورع ، تأليف : أبو بكر عبد الله بن محمد بن عبيد ابن أبي الدنيا القرشي البغدادي ، دار النشر : الدار السلفية ـ الكويت ـ ١٤٠٨ ـ ١٩٨٨ ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : أبي عبد الله محمد بن حمد الحمود .

ـ الوسيط في المذهب ، تأليف : محمد بن محمد بن محمد الغزالي أبو حامد ، دار النشر : دار السلام ـ القاهرة ـ ١٤١٧ ، الطبعة : الأولىٰ ، تحقيق : أحمد محمود إبراهيم ، محمد محمد تامر .

* * *

محتوى الكتاب